

KATYA KOZICKI

**CONFLITO E ESTABILIZAÇÃO:
COMPROMETENDO RADICALMENTE A APLICAÇÃO DO DIREITO COM A
DEMOCRACIA NAS SOCIEDADES CONTEMPORÂNEAS**

FLORIANÓPOLIS

2000

KATYA KOZICKI

**CONFLITO E ESTABILIZAÇÃO:
COMPROMETENDO RADICALMENTE A APLICAÇÃO DO DIREITO COM A
DEMOCRACIA NAS SOCIEDADES CONTEMPORÂNEAS**

Tese apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Doutor em Direito. Curso de Pós-Graduação em Direito. Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina.

Orientador: Prof. Dr. Leonel Severo Rocha.

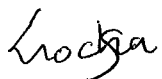
FLORIANÓPOLIS

2000

KATYA KOZICKI

**CONFLITO E ESTABILIZAÇÃO:
COMPROMETENDO RADICALMENTE A APLICAÇÃO DO DIREITO COM A
DEMOCRACIA NAS SOCIEDADES CONTEMPORÂNEAS**

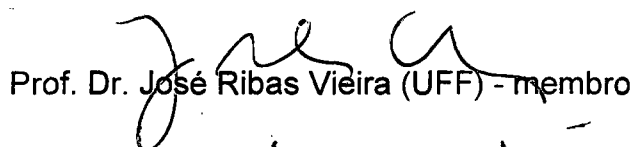
Tese aprovada como requisito parcial à obtenção do grau de Doutor em Direito no
Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina,
pela comissão formada pelos seguintes professores:



Orientador: Prof. Dr. Leonel Severo Rocha (UFSC) - presidente



Prof. Dr. Menelick de Carvalho Netto (UFMG) - membro



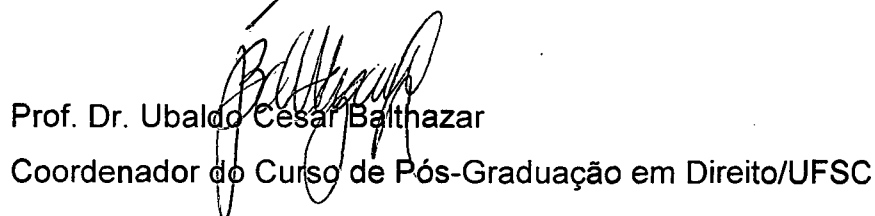
Prof. Dr. José Ribas Vieira (UFF) - membro



Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Jr. (UFSC) - membro



Prof. Dr. Aires José Rover (UFSC) - membro



Prof. Dr. Ubaldo César Balthazar
Coordenador do Curso de Pós-Graduação em Direito/UFSC

Florianópolis, 19 de setembro de 2000.

*The age of philosophy of history confronted us
with the choice between everything or nothing.
Everything became nothing.
But nothing did not become everything,
only something. Rights are far from being everything -
but they are certainly something.*

(Agnes HELLER)

AGRADECIMENTOS

Em uma conferência há alguns anos atrás, o filósofo Jacques Derrida disse a respeito de si mesmo: *I am very sentimental and I believe in happiness; and I believe that this has an altogether determinant place in my work* (Eu sou muito sentimental e acredito na felicidade; e acredito que isto tem um papel completamente determinante no meu trabalho). Embora o trabalho que aqui se apresenta careça da força intelectual autoritativa do trabalho desse autor, eu diria de mim mesma que sou também bastante sentimental e acredito na felicidade. E por acreditar na felicidade, ainda que talvez na forma de uma *aporia* - algo que está sempre no futuro, que não se realiza jamais no presente, mas que pode orientar nossos caminhos, sendo ela mesma um não-caminho - escolhi problematizar um tema que tem, como pano de fundo, se não a crença mas a esperança de que as coisas podem ser melhores do que são. Esperança, talvez, na felicidade. Considero, também com este autor, que o direito e a interpretação que lhe é dada pelos tribunais devem ter sempre como norte a obtenção da justiça, ainda que esta reste sempre como algo *à venir*, inatingível no presente. E também porque sou sentimental, no sentido passional; da paixão que nos leva à agir, nos impede de ficar parados, nos impulsiona. Sentimentos que revestem meus movimentos e minha vida em movimento. E, neste acontecendo, gostaria de lembrar - na forma de agradecimento - de algumas pessoas que estão na minha vida, ou neste trabalho, ou em ambos:

Antes de mais nada, gostaria de agradecer à minha família. Aos meus pais, Jan e Guiomar, pois sei que este trabalho é tão importante para vocês quanto é para mim; vocês foram e são o começo de tudo. Ao meu irmão, Dimitri, que no seu silêncio traz sempre lembranças felizes e tranquilas. À minha irmã, Kris, sempre ao meu lado, compartilhando o cotidiano com muito carinho, alegria e também dividindo o "mundo jurídico". Ao Laércio, pela sua ajuda em diferentes

momentos deste trabalho. A toda minha família, que entre almoços de domingo na chácara, Natais em Maringá e muitos encontros em São Paulo, enriquecem minha vida com doses constantes de amor, carinho e energia.

À Vera, pela sua interlocução e porque uma parte deste trabalho é fruto das nossas intermináveis discussões. Mas, sobretudo, agradeço a sua presença nesta minha narrativa. Aliás, às famílias Karam e Chueiri, porque é muito bom tê-los perto.

Nominar é sempre uma tarefa difícil, pois sempre podemos esquecer pessoas que nos são muito caras. Ainda assim, gostaria de correr o risco e dizer obrigada à Lílian (Tiquita), Simoni (ao Ricardo, também, ainda que na sua ausência), Lú e Sérgio, Norminha, Rodrigo Ríos, Sandra e Jorge (Bahiano), Carla, Anna Paula, Tika, Tarsys, Cláudia e Celso, Ciça e Rogério (à Ciça agradeço também a hospitalidade em tantas viagens para Florianópolis), pois vocês tornam a minha vida muito melhor. E muito mais divertida, com certeza. À Gabi agradeço a amizade e o carinho, bem como a versão do resumo para o alemão. Agradeço especialmente ao Rodrigo Córdova e à Titi, por serem tão bons amigos e ouvintes.

Aos meus amigos em Londres: Silvia, Rossi, Lika, Sibebe, Virginia, Martin, Milton, Eszter, Bernard, Riccardo, Polina, Alli e a todo pessoal da ABEP (Fernando, Mônica, Luíza, Nelson, Roberto) - *Pints of beer*, salas de estudo e, sobretudo, o amor por essa cidade tornaram o tempo que passei lá algo muito legal. *I miss all of you!*

À Raquel, que divide comigo o prazer na vida acadêmica, em inúmeras sessões de cinema e a quem agradeço também a revisão deste trabalho.

Ao professor Sansão José Loureiro, por sua dignidade intelectual e por seu estímulo e incentivo ao estudo, desde os tempos da graduação na Faculdade de Direito da UFPR.

Às escolas de Direito da UFPR e da PUC/PR, pelas licenças que me foram concedidas para a realização do doutorado. Não fosse tal disponibilidade institucional, este trabalho de pesquisa não teria sido possível.

À CAPES agradeço a bolsa PICDT, como também a bolsa para o doutorado-*sandwich*, realizado no Centro de Estudos para a Democracia (CSD), na Universidade de Westminster, em Londres.

A todo o *staff* do CSD, especialmente à Sarah Amos, que com seu inglês apressado me ajudou a resolver inúmeros problemas de ordem administrativa. Ao professor John Keane, diretor do CSD, pela hospitalidade e algumas boas sugestões bibliográficas.

Aos membros da comissão examinadora, professores José Ribas Vieira, José Alcebiades de Oliveira Jr. e Aires José Rover, agradeço a leitura atenta do trabalho e as contribuições que seus questionamentos trouxeram ao mesmo. Ao professor Menelick de Carvalho Netto agradeço especialmente por ter me apresentado à “democracia radical”.

Ao professor Leonel Severo Rocha, amigo, meu orientador no mestrado e agora no doutorado, por ter feito surgir em mim a vontade de estudar (e, radicalmente, democratizar) a teoria do direito.

E, *last but not least*, à professora Chantal Mouffe, minha orientadora no Centre for the Study of Democracy - University of Westminster -, pela sua carinhosa acolhida e pelo seu constante estímulo e apoio intelectual. Acima de tudo, foi o seu trabalho que constituiu a primeira fonte de inspiração para a redação desta tese.

SUMÁRIO

RESUMO.....	xi
ABSTRACT	xii
ZUSAMMENFASSUNG	xiii
INTRODUÇÃO	1
1 RECONSTRUÇÃO HISTÓRICA DO CONCEITO DE DEMOCRACIA.	
AS BASES DO PENSAMENTO LIBERAL	8
1.1 A DEMOCRACIA CLÁSSICA. O MODELO ATENIENSE	10
1.1.1 Principais Características do Modelo Grego	10
1.1.2 Funcionamento do Modelo Político em Atenas	15
1.1.3 Limites	19
1.2 O CENÁRIO POLÍTICO NA EUROPA ANTES DO ADVENTO DO PENSAMENTO LIBERAL	21
1.2.1 A Tensão entre as Noções de <i>Homo credens</i> e <i>Homo politicus</i>	22
1.2.2 A Defesa do Ideal de Liberdade	23
1.2.3 A Reforma e a Contra-reforma	32
2 LIBERALISMO E DEMOCRACIA. A CONSTRUÇÃO DA DEMOCRACIA LIBERAL E SEUS PRINCÍPIOS POLÍTICOS FUNDAMENTAIS: LIBERDA- DE E IGUALDADE	36
2.1 A MODERNA NOÇÃO DE ESTADO, SOBERANIA E CIDADANIA	37
2.1.1 Hobbes: Poder e Soberania	38
2.1.2 Locke: Cidadania e Liberdade	42
2.2 A ARTICULAÇÃO ENTRE O LIBERALISMO E A DEMOCRACIA. A DEMOCRACIA MODERNA ENQUANTO DEMOCRACIA LIBERAL	46
2.2.1 Montesquieu e a Teoria da Separação dos Poderes	47
2.2.2 Rousseau e a Idéia da Democracia Direta	49
2.2.3 Utilitarismo	53
2.2.4 A Democracia Liberal	59
2.3 OS PRINCÍPIOS POLÍTICOS DA DEMOCRACIA LIBERAL: LIBERDADE E IGUALDADE	64

2.3.1	Liberdade	65
2.3.2	Igualdade.....	69
3	A PROBLEMÁTICA DEMOCRÁTICA NO SÉCULO XX. DEMOCRACIA	
	AGREGATIVA. DEMOCRACIA DELIBERATIVA	72
3.1	DEMOCRACIA AGREGATIVA.....	74
3.1.1	A Doutrina Clássica acerca da Democracia	75
3.1.2	Uma Nova Teoria da Democracia: Democracia Agregativa ou Modelo de Competição Elitista.....	80
3.1.3	Limites.....	85
3.2	DEMOCRACIA DELIBERATIVA E A RECUPERAÇÃO DO COMPONENTE MORAL NA ESFERA PÚBLICA.....	88
3.2.1	Democracia Deliberativa: Caracterização e Objetivos	90
3.2.2	Limites.....	100
4	A RECOLOCAÇÃO DA QUESTÃO DEMOCRÁTICA NA ÓTICA DA	
	DEMOCRACIA RADICAL. A DEMOCRACIA ALÉM DA RAZÃO.....	105
4.1	A REVOLUÇÃO DEMOCRÁTICA.....	107
4.2	A CIDADANIA NA PERSPECTIVA DA DEMOCRACIA RADICAL	115
4.2.1	A Noção Liberal e a Noção Comunitarista de Cidadania	116
4.2.2	A Cidadania na Perspectiva da Democracia Radical.....	120
4.3	A DEMOCRACIA RADICAL. A DEMOCRACIA ALÉM DA RAZÃO.....	127
4.4	O DIREITO COMO POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE SENTIDO NO JOGO DEMOCRÁTICO	145
5	DIREITO E DEMOCRACIA. O PROBLEMA DA APLICAÇÃO DO	
	DIREITO NO POSITIVISMO JURÍDICO E NA TEORIA HERMENÊU-	
	TICA DE RONALD DWORKIN	149
5.1	HANS Kelsen E A <i>TEORIA PURA DO DIREITO</i>	155
5.1.1	Delimitação da Perspectiva Epistemológica.....	155
5.1.2	Norma e Interpretação	159
5.1.3	Limites.....	163
5.2	O POSITIVISMO <i>LIGHT</i> DE HERBERT HART	165
5.2.1	O Sistema Jurídico como União de Normas Primárias e Secundárias	166
5.2.2	A Textura Aberta do Direito e o Problema da Aplicação do Direito.....	171
5.2.3	Limites.....	175

5.3 RONALD DWORKIN E O <i>IMPÉRIO DO DIREITO</i>	179
5.3.1 A Tese dos Direitos	182
5.3.2 A Tese da Resposta Certa	186
5.3.3 O Direito como Integridade - <i>Law as Integrity</i>	189
5.3.4 Limites	194
6 REPENSANDO A APLICAÇÃO DO DIREITO NUMA SOCIEDADE	
RADICALMENTE DEMOCRÁTICA	202
6.1 DIREITO, JUSTIÇA E DESCONSTRUÇÃO.....	211
6.1.1 A Justiça como <i>Aporia</i>	215
6.2 A RESPONSABILIDADE JUDICIAL.....	224
6.3 INTEGRIDADE E JUSTIÇA	233
6.4 RADICALIZANDO A DEMOCRACIA NA COMUNIDADE DE	
<i>PRINCÍPIOS?</i>	239
CONCLUSÃO	244
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	255

RESUMO

Esta tese tem por objetivo analisar a relação entre o direito e a política democrática, principalmente entre a teoria da interpretação/aplicação do direito e a teoria da democracia radical. A filosofia do direito e a filosofia política constituem o ponto de partida desta análise que, realizando uma abordagem interdisciplinar, objetiva repensar a questão democrática através de uma perspectiva radical e também unir direito, justiça e democracia, tomando a “desconstrução” como prática para realizar tal objetivo. O Capítulo 1 reconstrói o conceito de democracia e os principais momentos históricos que precedem o pensamento liberal. No Capítulo 2 são analisados os principais conceitos do pensamento liberal, e a articulação entre o liberalismo e a democracia, considerando a liberdade e a igualdade como os princípios políticos constitutivos da democracia moderna. O Capítulo 3 trata do problema da democracia no século XX, enfocando os modelos agregativo e deliberativo. Considerando os limites destes modelos, o Capítulo 4 traz uma análise aprofundada da democracia radical, começando com a revolução democrática, seguida da idéia de cidadania na democracia radical e o significado dos termos “radical” e “plural” neste contexto. Tendo em vista a importância do direito no cenário democrático, o Capítulo 5 explicita o aporte do positivismo jurídico em relação à teoria da interpretação/aplicação do direito (principalmente em Kelsen e Hart) e sua superação pelo paradigma hermenêutico-crítico de Ronald Dworkin para, ao final, apresentar os limites de ambas as perspectivas. Finalmente, o Capítulo 6 apresenta uma nova possibilidade para pensar o problema da aplicação do direito, assumindo a idéia de justiça como *aporia* e tomando a “desconstrução” como uma prática para reconsiderar a justiça, o direito e a democracia. Ao final do trabalho são apresentadas algumas considerações, sem propor nenhuma conclusão final sobre os problemas analisados durante a pesquisa mas resumizando os principais pontos e levantando questões para as quais não existem *respostas certas*.

ABSTRACT

This dissertation intends to analyse the relationship between law and democratic politics, particularly between the theory of adjudication and the theory of radical democracy. Legal philosophy and political philosophy are the starting point of such analysis which, assuming an interdisciplinary attitude, aims at rethinking the democratic question from a radical perspective and also the link among justice, law and politics taking deconstruction as a practice to do it. In the first Chapter it reconstructs the concept of democracy and the main historical periods that precede liberal thought. In the second Chapter, it analyses the main concepts within liberal thought, and the articulation between liberalism and democracy, considering equality and liberty as the constitutive political principles of modern democracy. In the third Chapter, it addresses the problem of democracy in the 20th Century, focusing on aggregative and deliberative models. Considering the limits of these models, the fourth Chapter brings a close analysis of radical democracy, starting with the analysis of the democratic revolution, followed by the radical democracy's idea about citizenship and the meaning of the terms *radical* and *plural* in such context. Considering the significance of law in the democratic scenario, the fifth Chapter explains the positivist approach regarding the theory of adjudication (mainly Kelsen and Hart) and its overcoming by a critical-hermeneutic paradigm, according to Ronald Dworkin's legal theory and then it shows the limits of both perspectives. Finally, the sixth Chapter brings a new possibility to think the problem of adjudication, assuming the idea of justice as aporia and taking deconstruction as a practice to reconsider justice, law and democracy. By the end of the work it presents some remarks, without providing any final conclusion about the problems analysed during the research but summarizing its main points and raising questions for which *there are no right answers*.

ZUSAMMENFASSUNG

Diese Dissertation beabsichtigt, die Beziehung zwischen Gesetz und demokratischer Politik zu analysieren, insbesondere zwischen der Theorie von Auslegung und Anwendung von Recht und der Theorie radikaler Demokratie. Die Philosophie des Rechts und die politische Philosophie sind der Ausgangspunkt solcher Analyse die, bei einer interdisziplinärer Betrachtung, darauf zielt, die demokratische Frage zu überdenken, und zwar mittels einer radikalen Perspektive von der Verknüpfung von Gesetz und Rechtswesen in der Demokratie, wobei die "Dekonstruktion" als Mittel zum Zweck dient. Das erste Kapitel behandelt das demokratische Prinzip und die historischen Ereignisse und Entwicklungen, die zum liberalen Denken führten. Im zweiten Kapitel werden die hauptsächlichen Konzepte des liberalen Denkens analysiert sowie die Artikulation zwischen Liberalismus und Demokratie und der Begriffe von Freiheit und Gleichheit als konstitutive politische Prinzipien moderner Demokratie. Das dritte Kapitel behandelt das Problem der Demokratie im 20. Jahrhundert, unter besonderer Berücksichtigung des aggregativen und des deliberativen Modells. Ausgehend von den begrifflichen Begrenzungen dieser beiden Modelle, bringt das vierte Kapitel eine vertiefte Analyse fundamentaler Demokratie, beginnend mit der demokratischen Revolution und gefolgt von der Idee der "Staatsbürgerschaft" in einer fundamentalen Demokratie sowie die Erläuterung der Begriffe "fundamental" und "pluralistisch" in diesem Kontext. Ausgehend von der ausserordentlichen Bedeutung des Begriffs "Recht" im demokratischen Szenario, wird im fünften Kapitel der positivistische Ansatz der Rechtsprechung erläutert, u.zw. in Bezug auf die Theorie von Auslegung und Anwendung von Recht (insbesondere nach Kelsen und Hart) und seine Bewältigung durch ein kritisch-hermeneutisches Paradigma von Ronald Dworkin. Dieses Kapitel schliesst mit einer Gegenüberstellung beider Perspektiven. Schliesslich bringt das sechste Kapitel neue Denkanstösse zur Rechtsanwendung, wobei die Idee von Rechtsprechung als Aporie und von "Dekonstruktion" zur Neuüberdenkung von Recht, Rechtsprechung und Demokratie Anwendung findet. Die Arbeit schliesst mit einigen Anmerkungen und Betrachtungen zu den analysierten Problemen, ohne Lösungsvorschläge zu bieten. Sie bietet eine Zusammenstellung von Gedanken zum Thema und wirft Fragen auf, für die es bisher keine konkreten Antworten gibt.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho é reflexo de várias inquietações, especialmente aquelas experimentadas no (e por causa do) espaço acadêmico do direito. Segundo Jacques Derrida, as escolas de direito se encontram entre os mais férteis espaços para um programa radical de desconstrução, comprometido em intervir - de forma responsável e mediada - no próprio direito, na *polis* e no mundo em geral: "Dans une société industrielle et hyper-technologisée, l'espace académique est moins que jamais l'enclos monadique ou monastique qu'il n'a d'ailleurs jamais été. Et cela est vrai en particulier des 'law schools'."¹ Do outro lado, da crítica que se articula construtivamente nos domínios da razão, Habermas, logo no início do prefácio do livro *Between Facts and Norms*, afirma que na Alemanha a filosofia do direito deixou de ser matéria exclusiva dos filósofos e que é bastante significativo o fato da filosofia do direito ter migrado para as escolas de direito, no sentido de estar em contato com a realidade social. Nesta perspectiva, as inquietações desta tese tomam por base a convicção de que o direito, e a reflexão sobre este, são fundamentais para atribuir sentido, intervir e transformar, com o objetivo de estruturar uma sociedade radicalmente democrática. Desta forma, direito e democracia radical pressupõem um ao outro e é justamente a forma pela qual este vínculo se constitui e se institui que será aqui problematizada.

Este trabalho é movido por uma preocupação teórica acerca da viabilidade da democracia nas sociedades complexas e pós-industriais e também acerca do papel que o direito desempenha e/ou poderia desempenhar nestas sociedades. A pesquisa realizada tem como objetivo o questionamento da democracia, marcadamente a partir da análise da matriz teórica intitulada democracia radical,

¹ "Em uma sociedade industrial e hiper-tecnológica, a academia é menos do que nunca o espaço monádico ou o castelo imaginário que, de qualquer maneira, ela nunca foi. E isto é particularmente verdadeiro com as 'law schools' (escolas de direito, em inglês no original)". DERRIDA, Jacques. Force de loi: le "fondement mystique de l'autorité". **Deconstruction and the Possibility of Justice**. *Cardozo Law School Review*, New York, v. 11, n. 5-6, p. 932, jul./aug. 1990. Todas as traduções de notas e comentários presentes neste trabalho são traduções livres, realizadas pela autora.

ao mesmo tempo em que procura refletir acerca da problemática da interpretação e aplicação do direito. Tal análise se realiza no âmbito da filosofia do direito e da filosofia política, no pressuposto de que somente uma abordagem interdisciplinar permite captar e compreender a diversidade e complexidade das sociedades contemporâneas. A democracia e o direito requerem esta abordagem interdisciplinar e, embora isto possa parecer óbvio - voltando às afirmações de Derrida e Habermas, acima colocadas - deixa de ser tão óbvio quando muitos teóricos do direito continuam a entendê-lo como uma ilha, considerando que o direito só pode ser estudado dentro dos domínios rígidos de uma ciência jurídica positivista. Desta forma, este trabalho procura entrelaçar questões políticas e jurídicas, primeiramente através de um processo de reconstrução histórica, seguido por um movimento de desconstrução de algumas teorias dominantes acerca da democracia e da interpretação/aplicação do direito, e finalizando com a construção de novas perspectivas teóricas neste campo analítico. O objetivo central deste trabalho é o de demonstrar em que medida se processam as relações entre o direito e a política, tomando como elemento referencial o modo pelo qual o direito é aplicado pelos juízes e tribunais.

Adota-se como pressuposto que não pode haver forma mais radicalmente democrática de organização da sociedade do que aquela fundada nos princípios políticos da igualdade e liberdade. Porém, o debate travado no campo da filosofia política não foi ainda capaz de demonstrar como os mesmos devem ser equacionados numa sociedade constituída a partir destes princípios. Ao contrário, tem sido corrente afirmar que, a partir da articulação entre o liberalismo político e a democracia, a partir do século XIX, sempre se chegará à exclusão ou à subordinação de um destes princípios ao outro. Neste sentido se afirma que ou prevalece a liberdade - ótica do liberalismo - ou prevalece a igualdade - ótica da democracia.

O primado do princípio da liberdade, caro ao liberalismo, respeita principalmente ao reconhecimento de que não existe uma única noção de felicidade ou bem comum que possa ser imposta a todos dentro da comunidade. Assim, cada indivíduo deve ter o direito de determinar por si mesmo seus interesses e objetivos, bem como os meios que lhe permitam realizá-los. Não existindo uma única fórmula para a conceituação da felicidade ou do bem, é fundamental a prevalência dos direitos individuais - conforme estabelecidos pela

comunidade política - que não podem ser sacrificados em nome do bem-estar geral. Por outro lado, o primado do princípio da igualdade, dentro do pensamento democrático, toma como pressuposto que não é possível viabilizar o exercício da liberdade sem que condições mínimas estejam satisfeitas.

O liberalismo sempre se ligou a uma concepção instrumental da política, considerando-a como um caminho para a satisfação de interesses privados. A partir do reconhecimento de certos direitos e a sua conseqüente positivação no ordenamento jurídico, sempre se assumiu como pressuposto que estes deveriam ser defendidos contra qualquer interferência do Estado, também não podendo ser sacrificados em nome do interesse coletivo.

A necessidade de compreender a democracia moderna, e as tradições de pensamento que a constituem, obriga à realização de uma reconstrução histórica do conceito de democracia, a partir da maneira pela qual esta era vivenciada nas cidades gregas. Este processo de reconstrução histórica objetiva a compreensão da democracia no pensamento clássico e também o entendimento dos vários contextos históricos que antecederam o surgimento do pensamento liberal e da democracia. Somente a partir desta reconstrução é possível entender a articulação que deu origem à democracia moderna.

Se a democracia moderna se confunde com a democracia liberal, a mesma pode ser analisada a partir de várias correntes de pensamento. No século XX, no âmbito da filosofia política ocidental, notadamente no mundo anglo-saxão e na Alemanha, destacam-se as teorias da democracia no modelo agregativo, deliberativo e da democracia radical. A apresentação das duas primeiras teorias, seguida da desconstrução das mesmas, através da análise dos seus limites, permite melhor compreender a democracia radical. Esta matriz, nos moldes em que ela vem sendo desenvolvida no eixo anglo-saxão, principalmente por Chantal Mouffe, assume como premissa a efetivação dos princípios da liberdade e da igualdade. Ao mesmo tempo, ela parte do reconhecimento da importância do papel do poder e do conflito nas relações sociais. Nesta perspectiva, a democracia é entendida sempre como um “jogo inacabado”.

O reconhecimento da complexidade - que gera a contingência, da abertura e indeterminação de sentidos, assumidos pela democracia radical, revela a necessidade de redução e estabilização destes sentidos, ainda que em um equilíbrio instável e parcial. Esta necessidade de fechamento ressalta a

importância do direito, como elemento de enunciação de direitos e estabilização. Este papel do ordenamento jurídico pode ser melhor pensado a partir das teorias que procuram explicar o processo de construção da interpretação jurídica e da aplicação do direito. Da mesma forma que no cenário da democracia, a apresentação das teorias positivistas quanto à interpretação (notadamente em Kelsen e Hart), bem como da teoria hermenêutico-crítica de Dworkin e a conseqüente desconstrução das mesmas, através da análise de seus limites, permite um movimento de reconstrução no sentido de repensar um tipo de interpretação jurídica e aplicação do direito capaz de responder às demandas sociais neste final de século, tomando como pressuposto uma sociedade radicalmente democrática.

A hipótese central deste trabalho é que, devido à abertura e indeterminação das sociedades complexas, não existe uma resposta certa quanto ao modelo de democracia adequado a estas sociedades, nem existe uma resposta certa no campo da interpretação jurídica. Assim, somente uma visão renovada da democracia e da interpretação do direito pode ajudar a construir uma sociedade mais justa.

O objetivo principal é o de analisar as relações entre o direito e a democracia, notadamente entre as teorias predominantes no campo da interpretação e aplicação do direito e as teorias da democracia no século XX.

A abordagem do tema se dá através de uma análise teórico-interpretativa. A intenção é analisar o desenvolvimento histórico da democracia, situar a problemática da mesma neste século e, a partir da discussão da democracia radical, buscar o entendimento de como esta pode resolver alguns dos problemas vivenciados neste momento. O mesmo acontece no campo do direito, através da análise das principais teorias no campo da hermenêutica jurídica e a explicitação de posturas alternativas aos modelos analisados.

O método utilizado é o indutivo. Através da utilização deste método, pretende-se compreender a problemática envolvida no campo da teoria democrática e da hermenêutica jurídica, possibilitando a inferência de algumas conclusões acerca dos caminhos aonde novas teorias da interpretação podem conduzir.

Quanto ao procedimento, a pesquisa utiliza o método histórico-hermenêutico. O método histórico é empregado com a intenção de compreender o processo de evolução da teoria democrática, conforme já mencionado e, em um segundo momento, possibilitar o levantamento das principais teses quanto à construção da decisão judicial. Já o método hermenêutico possibilita a compreensão dos princípios que regem as relações sociais, tanto no campo do direito quanto no campo da política. Quanto à técnica de pesquisa, a mesma foi basicamente bibliográfica.

O trabalho está estruturado em seis (6) capítulos, seguidos da enunciação de algumas considerações a título de conclusão, as quais objetivam sintetizar e problematizar questões que foram trabalhadas no decorrer do mesmo.

O Capítulo 1 realiza uma reconstrução histórica do conceito de democracia, a partir da forma pela qual esta era vivenciada nas cidades gregas. A partir deste modelo, a análise volta-se à intenção de demonstrar como, notadamente a partir do século XI, houve uma mudança de concepção no tocante à participação do homem na gerência das coisas públicas. Naquele período, o homem era entendido como *homo credens*, e a forma pela qual se articulavam o Estado e a Igreja deve ser compreendida para se obter um entendimento mais abrangente daquele momento histórico. Para tanto, analisou-se o interrelacionamento entre o Estado e a Igreja, o papel do homem enquanto gestor da *res publica*, atingindo a análise da cidadania, afirmada a partir do século XVI, a partir da corrente denominada Republicanismo. A intenção central deste capítulo é fornecer subsídios para a compreensão do modelo clássico de democracia e para a compreensão do cenário europeu, nos momentos que antecederam o surgimento do liberalismo.

A partir da compreensão de que a democracia moderna é a democracia liberal, o Capítulo 2 visa à compreensão de alguns conceitos fundamentais envolvidos na origem do pensamento liberal, entre eles a noção do Estado absoluto e o conceito de soberania. Também é analisada, ainda que de forma breve, a teoria da separação de poderes e a corrente de pensamento denominada utilitarismo. Para tanto, opta-se pela apresentação do pensamento dos principais autores do período, motivo pelo qual são apresentadas as concepções de Hobbes, Locke, Rousseau e Montesquieu. Esta análise leva à compreensão da articulação entre o liberalismo e a democracia e se encerra com

explicitação dos princípios políticos constitutivos do pensamento liberal, a igualdade e a liberdade.

Atingindo o século XX, o Capítulo 3 centra-se na análise da teoria da democracia agregativa e na teoria deliberativa. A análise da democracia agregativa se prende à maneira pela qual esta é concebida por Joseph A. Schumpeter, no livro *Capitalism, Socialism & Democracy*, por se entender que esta obra é referência para a crítica e debate em torno deste modelo. É analisada a crítica de Schumpeter à assim chamada doutrina clássica da democracia, bem como a maneira pela qual o autor constrói sua teoria, centrada na idéia de interesse e na existência de uma competição entre as elites pelo poder político. Em um segundo momento, foi analisada a teoria da democracia deliberativa, sendo esta uma das teorias predominantes na análise da democracia que vem sendo travada na filosofia política. Esta teoria parte da crítica ao modelo agregativo, centrado na idéia de interesses, e pretende recuperar a dimensão moral no âmbito da democracia liberal. A democracia deliberativa parte da premissa de que é possível obter um consenso racional, o qual seria mais do que a simples concordância quanto a procedimentos.

Situado o debate em torno da questão democrática no século XX, o Capítulo 4 aborda a teoria da democracia radical. A intenção do capítulo é explicitar o eixo central desta matriz, bem como demonstrar em que medida ela pode se constituir em solução, ainda que aberta e provisória, para a construção de uma sociedade democrática. O capítulo se inicia com a análise da revolução democrática, bem como suas principais conseqüências, com ênfase no sentido de ruptura que esta representa. Em seguida, é apresentada a concepção de cidadania dentro desta perspectiva, através da exposição das concepções comunitarista e liberal de cidadania e a concepção radical do cidadão. Por fim, analisa-se a democracia radical a partir dos termos que dão origem à sua formulação, ou seja, democracia *radical* e *plural*.

Visando à explicitação dos tipos de relações existentes entre o direito e a democracia, bem como ao esclarecimento de que tipo de contribuição o direito pode dar à democracia, o Capítulo 5 trabalha a problemática da interpretação jurídica e da aplicação do direito. Tal análise se inicia com a perspectiva do positivismo quanto ao tema, a partir da análise do pensamento de Hans Kelsen e Herbert Hart. Explicitados os limites desta teoria, é analisada a teoria

hermenêutico-crítica de Dworkin, centrada na idéia de integridade. Ao final do capítulo são apresentados alguns dos limites da teoria de Dworkin.

O Capítulo 6 explicita as relações entre o direito e a democracia, analisando novas possibilidades quanto à interpretação jurídica, dentro da perspectiva de que ao direito cabe fornecer o fechamento de sentido necessário à democracia. Reconhecendo a importante contribuição da desconstrução ao direito, o capítulo se inicia com a exposição de Jacques Derrida da justiça como *aporia*. A partir desta perspectiva, é apresentada a tese da responsabilidade judicial e da equivalência dos direitos, explicitando novas maneiras de conceber a interpretação e a aplicação do direito nas sociedades democráticas. O capítulo se encerra com uma análise que reúne a idéia de justiça como *aporia* com a concepção de integridade, finalizando com a idéia da integridade dentro de uma sociedade radicalmente democrática.

Dentro da perspectiva adotada em todo o trabalho, partiu-se da premissa de que não é possível apresentar conclusões finais sobre o tema, permanecendo este sempre aberto a novas elaborações e novas possibilidades significativas.

1 RECONSTRUÇÃO HISTÓRICA DO CONCEITO DE DEMOCRACIA. AS BASES DO PENSAMENTO POLÍTICO LIBERAL

"A basic principle of the democratic constitution is liberty".²

O final do século XX pode ser compreendido como a era da democracia, não obstante as várias correntes de pensamento que pretendem demonstrar o esvaziamento e/ ou impossibilidade da realização do projeto democrático da modernidade. Pensar a democracia é pensar uma das mais importantes categorias do pensamento político, desde o pensamento clássico até a modernidade e, para alguns, também significa pensar no que é convencionalmente entendido por pós-modernidade. Não só esta é uma das mais importantes categorias do pensamento político, como também é uma das mais amplas. Vários poderiam ser os métodos de abordagem escolhidos como, também, o momento histórico que serve de pano de fundo à análise proposta.

Tendo em vista a amplitude do tema, torna-se de extrema importância a delimitação do trabalho a ser realizado, bem como o estabelecimento de seus objetivos. Neste sentido, a intenção deste capítulo é realizar uma análise histórica do conceito de democracia, bem como analisar o cenário político da Europa no momento anterior ao surgimento do pensamento liberal clássico. No intuito de se fazer uma reconstrução histórica do pensamento democrático, impõe-se a necessidade de iniciar a análise com a noção clássica de democracia, fundamentada no modelo político grego e, mais especialmente, no modelo ateniense, uma vez que Atenas é certamente a cidade grega mais importante sob a ótica da democracia. Tal análise é indispensável, ainda que, dentro dos objetivos deste trabalho, ela pretenda tão somente servir como referência

² "O princípio básico de uma constituição democrática é a liberdade". (ARISTÓTELES. *The politics*. Harmondsworth : Penguin Books, 1962. p. 237).

histórica. A própria origem do termo “democracia”, o qual provém do grego *demokratia*, composto por *demos* - povo e *kratos* - regra, governo, já dimensiona a importância da Grécia no tocante a este modelo. Democracia significa, assim, uma forma de governo em que o povo governa. A significação do termo “democracia” é bastante variável dentro das várias escolas de pensamento. Outrossim, esta significação, além de bastante ampla, apresenta várias questões secundárias, algumas das quais serão discutidas ao longo deste trabalho. Algumas destas questões são:

1. That all should govern, in the sense that all should be involved in legislating, in deciding on general policy, in applying laws and in governmental administration.
2. That all should be personally involved in crucial decision-making, that is to say, in deciding general laws and matters of general policy.
3. That rulers should be accountable to the ruled; they should, in other words, be obliged to justify their actions to the ruled and be removable by the ruled.
4. That rulers should be accountable to the representatives of the ruled.
5. That rulers should be chosen by the ruled.
6. That rulers should be chosen by the representatives of the ruled.
- That rulers should act in the interests of the ruled.³

Partindo-se do modelo grego, pretende-se demonstrar como, notadamente a partir do final do século XI, houve uma mudança de concepção no tocante à participação do homem na gerência das coisas públicas. As causas desta transformação podem ser buscadas, em grande parte, a partir da articulação entre Igreja/Estado e na fundamentação do homem como *homo credens*. A análise a ser realizada se centra no interrelacionamento entre Igreja e Estado, no papel do homem enquanto gestor *da res publica* e na idéia de cidadania, afirmada a partir do século XVI e aborda a corrente de pensamento chamada de Republicanismo. A intenção desta análise é a de permitir a compreensão do cenário político europeu, o qual permitiu o surgimento do pensamento liberal.

³ “1) Se todos devem governar, no sentido de que todos devam estar envolvidos em legislar, em decidir políticas gerais, em aplicar leis e na administração do governo. 2) Se todos devem estar pessoalmente envolvidos em tomar decisões cruciais, ou seja, decidindo sobre leis em geral e problemas gerais de política. 3) Se os governantes devem ser responsáveis perante os governados; se eles devem, em outras palavras, ser obrigados a justificar suas ações para os governados e serem por estes removidos. 4) Se os governantes devem ser responsáveis perante os representantes dos governados. 5) Se os governantes devem ser escolhidos pelos governados. 6) Se os governantes devem ser escolhidos pelos representantes dos governados. 7) Se os governantes devem agir em função dos interesses dos governados.” (LIVELY, J. **Democracy**. Oxford: Blackwell, 1975. p. 30).

1.1 A DEMOCRACIA CLÁSSICA. O MODELO POLÍTICO GREGO/ATENIENSE

O termo “democracia” foi introduzido no século 5º antes de Cristo pelos gregos e, mais particularmente, em Atenas. Este modo de governar significa, em oposição a outros (oligarquia, monarquia, tirania), uma situação em que o povo governa. Em torno do século 5º A.C., Atenas despontou como uma das mais importantes cidades da Grécia, podendo ser tomada como referência no tocante à forma de governar dos gregos naquele momento histórico. Por outro lado, não se pode falar em democracia grega, em um sentido mais estreito, tendo em vista que não havia democracia na Grécia e sim democracia nas diversas cidades gregas ⁴ (este ponto vai ser abordado ao longo do capítulo, quando for analisado o caráter excludente da democracia ateniense).

Até a primeira metade do século 5º A.C.⁵, as cidades gregas eram governadas de várias formas, todas elas diferentes da democracia. Neste período, ocorreu uma importante transformação quanto ao entendimento do mundo, do homem e de suas possibilidades. Passou-se à concepção de que a *polis* deveria ser governada pelo povo - *demos* - entendido este num sentido restrito como sendo composto por homens adultos, livres e cidadãos de cada uma das cidades em consideração.

1.1.1 Principais Características do Regime Democrático Grego

Ainda que Aristóteles não fosse partidário da democracia, por considerá-la um sistema facilmente corruptível, encontram-se em *A Política* grandes subsídios para a compreensão do que foi a democracia grega.

Para Aristóteles, a liberdade era uma das características fundamentais de qualquer regime democrático, e somente dentro deste regime poderia haver realmente o exercício da liberdade (“People constantly make this statement

⁴ Para indicar a forma das cidades gregas no período, ora vai ser utilizado o termo grego *polis*, ora será utilizada a expressão “estado-cidade”.

⁵ Alguns autores mencionam ter sido a cidade grega de Chios, na metade do século 6º A.C., a primeira cidade a introduzir o regime democrático. ver FINLEY, M.I. **The use and abuse of history**. London : Chatto and Windus, 1975.

implying that only in this constitution is there any share in liberty at all; every democracy, they say, has liberty for its aim").⁶

Em relação à liberdade, tem-se que ela pode ser compreendida em dois diferentes sentidos: 1) governando e sendo governado, alternadamente e 2) cada um vivendo de acordo com o que entender conveniente ("Ruling and being ruled in turn" e o princípio "live as you like")⁷. No primeiro sentido, tem-se compreendida a noção de igualdade numérica, a qual consubstancia um princípio de justiça entre os gregos e afirma a soberania popular. É somente a partir desta noção de igualdade, que não se afirma na idéia de mérito, que pode ser compreendida a soberania atribuída aos cidadãos, gerando a idéia de governar e ser governado, alternadamente. E, assim, esta idéia confirma o princípio da igualdade numérica, consubstanciado na prática compartilhada do poder na gestão das coisas da *polis*. Ao mesmo tempo, três fatores possibilitam esta noção de igualdade⁸: 1) os

⁶"O povo constantemente faz esta afirmação querendo dizer que somente nesta constituição a liberdade é dividida por todos; toda democracia, eles dizem, tem a liberdade como objetivo" (ARISTÓTELES, *The politics*, op. cit., p. 237).

⁷ *Id. ibid.*

⁸As seguintes características do regime democrático são enumeradas por Aristóteles, em *The politics*, p. 237-238: (1) Elections: all citizens eligible for all offices; (2) rule: all over each and each in turn over all; (3) offices filled by lot, either all or at any rate those not calling for experience or training; (4) no tenure of office dependent on the possession of a property qualification or only on a very low one; (5) the same man not to hold the same office twice or only very rarely - a few permitted exceptions, notably offices connected with warfare; (6) short term of office for all offices or as many as possible; (7) jury-courts all chosen from all the citizens and adjudicating on all or most matters and always on the most important and far-reaching, such as those affecting the constitution, investigations, contracts between individuals; (8) the Ecclesia or Assembly is the sovereign authority in everything, officials having no sovereign power over anything except quite minor matters, or else the Council is sovereign in matters of freest importance.* Next (9), payment for the services in the assembly, in the law-courts, and in the offices, is regular for all (or at any rate the offices, the law-courts, council, and the sovereign assemblies, or offices, where it is obligatory to have meals together). Again (10), as good birth, wealth, and culture are the marks of the rule of the few, so their opposites, low birth, low incomes, and low tastes are regarded as typical of the rule of the people. (11) Perpetual tenure of office is not favoured by democracy; and if any perpetual office remains in being after an early revolution, we note that it has been shorn of its power and its holders selected by lot from among picked candidates.* A explicação que segue estava em forma de citação no original: "The Council is of all offices the most democratic so long as all the citizens do not receive lavish pay all round has the effect of removing its power from this body also; for the demos, when well-paid for its services, insists on handling all disputed issues itself, as has been explained in the discussions preceding this". "1) Eleições: todos os cidadãos são elegíveis para qualquer função; 2) governar: todos governam e são governados alternadamente; 3) as funções são preenchidas por sorteio, da mesma forma entre todos, não demandando experiência ou treinamento; 4) nenhum mandato para as funções públicas depende de propriedades ou depende o mínimo possível desta; 5) o mesmo homem não pode exercer a mesma função por mais de uma vez ou, raramente - poucas exceções são permitidas - notadamente nas funções exercidas em relação ao estado de guerra; 6) pequenos mandatos para todas as funções ou tanto quanto seja possível; 7) todas as cortes de jurados são escolhidas dentre todos os cidadãos e têm competência para quase todas as questões e sempre para as mais importantes ou urgentes, tais como aquelas que afetam a constituição, investigações, contratos entre indivíduos; 8) a Ecclesia, ou Assembléia, é o órgão soberano em autoridade para tudo, os

serviços prestados para a assembléia, cortes e outras funções públicas são remunerados, desta maneira, o exercício das funções políticas não onera o cidadão; 2) todos os votos são iguais, não havendo distinção por grau de parentesco, nascimento, riqueza e outros e, também 3) em princípio existem chances iguais para exercer qualquer função pública, uma vez que aquelas distinções não se apresentam. Desta forma, a igualdade é a base prática da liberdade, pois ela permite a alternância do poder, que fundamenta a idéia de ser governado e de governar. Outrossim, a igualdade também pode ser vista como fundamento moral da idéia de liberdade; o povo - *demos* - deve ser igual no exercício da função pública, justificando o princípio de governar e ser governado ao mesmo tempo.⁹ Esta idéia de igualdade também está presente no igual direito de todos os cidadãos usarem livremente da palavra na assembléia (*isegoria*) e na igualdade perante a lei (*isonomia*).¹⁰

Entre os gregos, vigorava a idéia de que o homem só poderia alcançar seu desenvolvimento pleno dentro da *polis*. Somente em associação, o que faz parte da própria natureza do homem, é que este pode desenvolver-se plenamente. E a associação mais importante da qual o homem pode fazer parte é a *polis*, ou estado-cidade. Mas para que o homem fosse um bom homem, era necessário que ele vivesse em uma boa cidade, e a melhor cidade seria a cidade democrática. Para os gregos, a felicidade estava associada à idéia de virtude, a virtude associada à idéia de justiça e a própria justiça associada à idéia de felicidade. Desta forma, o homem só poderia ser feliz à medida em que exercitasse a virtude e, em consequência, fosse justo.

titulares de funções não têm poder soberano sobre nada, exceto sobre problemas de menor importância, enquanto o Conselho é soberano em questões de grande importância. A próxima 9) o pagamento pelos serviços nas assembléias, nas cortes de jurados, em funções gerais é regular para todos (qualquer taxa nos escritórios, cortes de jurados, conselho, e assembléias soberanas, onde é obrigatório ter refeições em conjunto). De novo 10) nascimento privilegiado, riqueza e cultura são características de um governo de poucos e, então, seus opostos, nascimento pouco privilegiado, baixos proventos e pouco preparo são considerados típicos no governo de muitos. 11) Mandatos perpétuos não são favorecidos nas democracias; e se algum ofício perpétuo remanesce após a antiga revolução, é possível observar que estes vêm perdendo seus poderes e seus ocupantes são selecionados entre candidatos. *O Conselho é, entre todas as funções, a mais democrática, enquanto seus membros não recebem gratificação excessiva; pois toda gratificação excessiva tem o efeito de remover o poder deste corpo, também porque o povo, quando bem remunerado pelos seus serviços, insiste em resolver as disputas por conta própria, como foi explicado em passagens anteriores.

⁹Conforme HELD, David. **Models of democracy**. Cambridge, England : Polity Press, 1996. p 2-35.

¹⁰De acordo com DAHL, Robert. **Democracy and its critics**. New Haven : Yale University Press, 1989. p. 14.

Especificamente no que toca à justiça, para os gregos esta estava associada à idéia de bem comum. Justas seriam as ações que levassem à realização do bem comum. O bom cidadão seria aquele que, em se tratando das coisas da *polis*, tivesse sempre em mente a realização do melhor para todos. Ao mesmo tempo, era necessário que os homens partilhassem a mesma idéia do que seria o bem comum ou interesse coletivo. Desta forma, uma vez que existisse harmonia de interesses, os homens agiriam em comum visando ao bem da *polis*. A vida cívica estava marcada pela idéia de virtude cívica, implicando na subordinação dos interesses privados aos interesses públicos e ao bem comum. Ainda que a liberdade significasse a idéia de cada um vivendo de acordo com a sua vontade, o público e o privado na Grécia estavam intrinsecamente entrelaçados. A virtude do indivíduo era a virtude do cidadão e este só se desenvolvia plenamente à medida em que vivenciasse os negócios da cidade. A democracia grega pressupunha a idéia de participação direta. Esta participação não se exercitava apenas no comparecimento às assembléias, onde todos tinham direito à palavra, mas implicava também em que todos, por turnos, participassem da administração da cidade, da justiça e outros ofícios públicos. Nas cidades gregas todos tinham direitos e obrigações mas, antes destes direitos serem característicos do indivíduo, na vida privada, eles eram concernentes ao cidadão. À diferença dos liberais do século XVIII, não existia a concepção de direitos individuais, inalienáveis.¹¹

¹¹ O seguinte trecho ilustra a concepção de vida comum em Atenas: "Let me say that our system of government does not copy the institutions of our neighbours. It is more the case of our being a model to others, than of our imitating anyone else. Our constitution is called a democracy because power is in the hands not of a minority but of the whole people. When it is a question of settling private disputes, everyone is equal before the law; when it is a question of putting one person against another, in questions involving public responsibility what counts is not membership of a particular class, but the actual ability which the man possesses. No one, so long as he has it in him to be a service to the state, is kept in political obscurity because of poverty. And, just as our political life is free and open, so is our day-to-day life in our relations with each other. We do not get into a state with our next door neighbour if he enjoys himself in his own way, nor do we give him the kind of black looks which, though they do no real harm, still do hurt people's feelings. We are free and tolerant in our private lives; but in public affairs we keep to the law. This is because it commands our deep respect.

We give our obedience to those whom we put in positions of authority, and we obey the laws themselves, especially those which are for the protection of the oppressed, and those unwritten laws which it is an acknowledged shame to break.

...Here each individual is interested not only in his own affairs but in the affairs of the state as well: even those who are mostly occupied with their own business are extremely well-informed on general politics - this is a peculiarity of ours: we do not say that a man who takes no interest in politics is a man who minds his own business; we say that the man has no business here at all. We Athenians, in our persons, take our decisions on policy or submit them to proper discussions: for we

Perante a lei, todos eram iguais, consubstanciando a idéia de isonomia. Ao mesmo tempo as leis, fossem escritas ou não, eram leis criadas para melhor assegurar o bem comum, garantir a liberdade e a participação de todos. Desta forma, conforme exposto abaixo, a lei legitimamente requeria obediência.

Para que a vida, especialmente em Atenas, pudesse ser vivida dentro destes padrões, eram necessários alguns requisitos básicos¹²:

- 1) os cidadãos deveriam ter interesses harmônicos: somente desta maneira poderia ser gerada uma forte noção de bem comum, que não estivesse em flagrante contradição com os interesses privados;
- 2) os cidadãos deveriam ser bastante homogêneos quanto às suas características básicas: caso isto não acontecesse, as diferenças poderiam levar ao conflito e desentendimentos quanto à noção de bem comum. Isto implica num necessário grau de igualdade econômica e também em possibilidades de lazer;
- 3) o corpo de cidadãos deveria ser pequeno. Isto seria necessário para poder garantir um grau mínimo de homogeneidade entre os cidadãos; para garantir que todos os cidadãos tivessem um mínimo de

do not think that there is an incompatibility between words and deeds; the worst thing is to rush into action before the consequences have been properly debated. (Pericle's Funeral Oration, in Thucydides, *The Peloponnesian War*, p. 145-147; citado por HELD, **Models of...**, *op. cit.*, p. 16-17). "Deixe-me dizer que o nosso sistema de governo não imita o sistema de governo de nossos vizinhos. É mais o caso de sermos um modelo para os demais do que imitá-los. Nossa constituição é chamada de democrática porque o poder não está nas mãos de uma minoria mas nas mãos do povo inteiro. Quando a questão é de decidir disputas privadas, todos são iguais perante a lei; quando a questão reside em colocar uma pessoa em oposição à outra, em questões que envolvem responsabilidade pública, o que conta não é ser membro de uma classe particular, mas a habilidade do homem naquele momento. Ninguém, na medida em que queira estar a serviço do Estado, é deixado em obscuridade política em função de sua pobreza. E assim como nossa vida política é livre e aberta, assim é nossa vida do dia a dia em nossas relações uns com os outros. Nós não discutimos com nosso vizinho se ele vive como lhe convém, nem o olhamos atravessado o que, ainda que não possa verdadeiramente feri-lo, pode machucar seus sentimentos. Nós somos livres e tolerantes em nossas vidas privadas, mas na vida pública nós observamos a lei. Isto porque a lei exige o nosso mais profundo respeito. Nós damos nossa obediência àqueles que nós colocamos em posição de autoridade, e nós obedecemos as leis nós mesmos, especialmente aquelas que protegem os oprimidos, e aquelas leis não escritas, que seria efetivamente vergonhoso desrespeitar. ... Aqui cada indivíduo está interessado não somente em seus próprios negócios, mas também nos negócios de estado: mesmo aqueles muito ocupados com seus próprios negócios são extremamente bem informados sobre política - esta é uma peculiaridade nossa: nós não dizemos que um homem que não tem interesse em política é um homem que se preocupa apenas com seus próprios interesses; nós dizemos que tal homem não tem interesses aqui de qualquer forma. Nós, Atenienses, tomamos nossas próprias decisões políticas ou as submetemos às discussões: nós não acreditamos que haja uma incompatibilidade entre palavras e ações; a pior coisa é apressar uma decisão antes de que suas conseqüências tenham sido convenientemente debatidas.

¹² Estes requisitos foram sumarizados por DAHL, **Democracy and...**, *op. cit.*, p. 18-19.

conhecimento acerca dos outros e também para garantir que fosse possível todos se reunirem em assembléia;

- 4) os cidadãos deveriam estar aptos a se reunir em assembléia e decidir diretamente quanto às leis e às necessidades da vida política. A democracia grega/ateniense era democracia direta, sendo de duvidar que os gregos fossem aceitar a idéia de democracia representativa;
- 5) possibilidade de os cidadãos exercerem outras funções públicas, que não o comparecimento às assembléias, uma vez que a vida política e a administração da *polis* não estava resumida naquele comparecimento;
- 6) o estado-cidade deveria permanecer autônomo. Ligas, confederações e alianças eram realizadas sobretudo em tempos de guerra. Entretanto, a cidade deveria ser autônoma/auto-suficiente, não só em termos políticos mas também em termos econômicos, sendo capaz também de garantir os requisitos básicos de subsistência.

Estas características consubstanciam as idéias básicas acerca do que veio a ser a democracia na Grécia Antiga, especialmente em Atenas. Quanto a esta, o próximo item detalha o seu funcionamento político.

1.1.2 Funcionamento do Modelo Político em Atenas

A figura a seguir apresentada consubstancia o modo de funcionamento das instituições políticas em Atenas. A base deste modelo encontra-se na Constituição de Klistenes, de acordo com a reforma de 507 B.C. e depois com as emendas de 460 e 403 B.C., incluindo o pagamento pelo exercício de funções públicas e por comparecimento às assembléias.¹³

A seguinte explicação sobre os métodos de eleição ou seleção, acompanha a figura constante na próxima página e explica as letras em parênteses:

¹³ A figura aqui reproduzida, bem como sua explicação, foram extraídos de HELD, **Models of...**, *op. cit.*, p. 22. A figura não será traduzida, na sua íntegra, tendo em vista que toda a explicação sobre a mesma está sendo feita em português.

(A) Cada uma das dez tribos envia cinquenta conselheiros para o Conselho, escolhidos entre os *demes*. Os candidatos eleitos do *demes* o são pelo seu tamanho, para representá-los perante o Conselho e outros órgãos. A escolha inicial dos candidatos é feita por sorteio. Aqueles “eleitos” são passados adiante para constituir um grupo de candidatos. Finalmente, os que irão realmente servir são escolhidos entre este grupo, novamente por sorteio. Este método foi concebido para igualar as chances de cada um para administrar as funções. O período de cada função era curto (um ano), e tipicamente não havia a previsão de reeleição. Todos os oficiais eleitos eram remunerados, bem como sua presença nas assembleias em certas ocasiões.

(B) Estes eram escolhidos pelos cidadãos por eleição direta e elegíveis para várias re-eleições.

(C) O comitê era formado por rotação do Conselho e servia por um décimo do ano que servia de termo para a função.

CITIZENRY

(Athenian males over 20 years, subdivided into ten 'tribes' based on residence)

(the tribes cover a total of 140 local territorial *demes* or wards: units of local government)

ASSEMBLY

(or *Ecclesia*)

(The key sovereign body, with a minimum of 40 sessions a year and a quorum of 6,000 citizens for plenary sessions and other special occasions)

(A)

COUNCIL OF 500

(Executive and steering committee of Assembly composed of men over 30 years)

10 MILITARY GENERALS

(B)

MAGISTRATES ↔ COURTS

(An office held as a rule by board of 10) (A)

(With large popular juries over 201 and often over 501 citizens over the age of 30) (A)

(C)

(COMMITTEE OF 50)

(To guide and make proposals to the Council)

PRESIDENT OF COMMITTEE

(Held office for one day only)

O corpo de cidadãos, como um todo, representava o elemento central da soberania em Atenas: a Assembléia. O cidadão ateniense era homem, contando com mais de vinte (20) anos. O corpo de cidadãos era dividido em tribos, de acordo com a residência. Este corpo de cidadãos formava a Assembléia, formada por todos e que se reunia no mínimo quarenta (40) vezes por ano, com um quórum de seis mil (6000) pessoas, para sessões plenárias e outras ocasiões especiais. Os mais importantes assuntos da vida pública, tais como manutenção da ordem, finanças e impostos, ostracismo e relações com outros Estados/cidades, eram submetidos à Assembléia para deliberação. Os gregos, reconhecendo a diversidade de posições que eram representadas nestes encontros e, embora desejando a unanimidade (*homonoia*), acreditavam na legitimidade de posições contrárias, que eram defendidas e submetidas à votação, remanescendo a idéia de consenso (*consensus*).

Cada uma das dez (10) tribos enviava cinquenta (50) conselheiros para compor o Conselho dos 500. Este conselho executivo e diretor da Assembléia era composto por homens acima de trinta (30) anos e tinha como atribuições principais organizar a agenda da Assembléia e promover novas iniciativas e propostas de ordem pública.

Havia, ainda, um Comitê composto por cinquenta (50) pessoas, formado para ajudar o desenvolvimento das atividades do Conselho dos 500 e que funcionava sempre por um mês. Na direção deste Comitê estava o Presidente, o qual exercia a função por somente um (1) dia.

Em paralelo a estes, havia um corpo formado por dez (10) generais, um corpo de magistrados, dirigido por um corpo de dez (10) pessoas e, ainda, as chamadas cortes, normalmente com mais de duzentos e um jurados (201) e, freqüentemente, com mais de quinhentos e um (501) cidadãos, acima de trinta (30) anos de idade. As cortes eram organizadas similarmente à Assembléia, enquanto as funções executivas da cidade eram realizadas pelos magistrados.

A grosso modo, esta era a forma de organização política em Atenas, cidade que melhor representou a idéia grega de democracia.

1.1.3 Limites

Do que foi falado até agora, cumpre salientar que, devido à exigüidade de fontes históricas precisas, é difícil estabelecer o que caracterizava o ideal grego de democracia e o que era, efetivamente, a experiência de democracia vivenciada nas diferentes cidades da Grécia Antiga.¹⁴ Outrossim, ao se falar em modelos políticos, é necessário ter-se sempre em mente a fronteira que divide o ideal da realidade. Outra não era a situação na Grécia Antiga e em Atenas, particularmente. Também é necessário observar que os critérios utilizados para levantar os limites da democracia grega são, em grande parte - senão na sua totalidade, próprios da democracia moderna. Porém, se o objetivo é buscar as contribuições da democracia grega ao pensamento democrático contemporâneo, outra não pode ser a forma de análise.

Sem dúvida, um dos maiores limites da democracia antiga era o que respeitava à sua exclusividade. Esta exclusividade pode ser verificada tanto internamente quanto externamente. Se democracia é o governo do povo - *demos* - uma das primeiras questões que se impõe é a fixação de quem é o povo apto a governar e ser governado.

Em Atenas, bem como no restante das cidades gregas, a cidadania era uma atribuição exclusiva dos homens adultos (como, de resto, a atribuição de direitos políticos às mulheres, também nas democracias modernas, só se concretizou com o advento do século XX). Mais especificamente, homens livres e adultos, maiores de 20 anos. Desta forma, a sociedade da época era uma sociedade extremamente excludente. Estavam afastados da categoria de cidadãos os estrangeiros, os escravos, mulheres e crianças. Em Atenas, para

¹⁴ A este respeito: "The Greeks and Romans invented politics, as, as everyone knows, they also invented political history, or rather history as the history of war and politics. But what everyone know is imprecise: historians in antiquity wrote the history of policy, which is not the same thing as politics; they wrote primarily about foreign policy, concerning themselves with the *mechanics* of policy-making (apart from speeches in Senate or Assembly) only in moments of acute conflict turning into civil war" (FINLEY, M.I. **Politics in the ancient world**. Cambridge : Cambridge University Press, 1983, p. 54, citado por DAHL, **Democracy and...**, *op. cit.*, p. 344). "Os gregos e romanos inventaram a política e, como todos sabem, eles também inventaram a história política, ou melhor, a história como história da guerra e da política. Mas o que todo mundo sabe é impreciso: os historiadores antigos escreviam a história política, o que não é a mesma coisa que a história da política: eles escreviam essencialmente sobre política internacional, vendo a eles próprios como mecanismos da tomada de decisões (fora alguns discursos no Senado e nas Assembléias) somente em momentos de agudo conflito em direção à guerra civil." Este mesmo

ser considerado cidadão, era necessário que se fosse descendente de cidadãos atenienses - pai e mãe. Embora as mulheres não gozassem dos direitos de cidadania, a elas era concedida o que se pode chamar de cidadania instrumental, ou seja, para que pudesse gerar um cidadão ateniense.¹⁵ A cidadania era, desta forma, um privilégio adquirido por via hereditária.

Ao lado das mulheres, também estavam excluídos dos direitos de cidadania os estrangeiros - *metics* - e os escravos. Independentemente do fato de que muitos estrangeiros vivessem em Atenas por décadas ou fossem descendentes de famílias que há gerações viviam em Atenas, eles estavam excluídos formalmente do processo político. Em adição à falta de direitos políticos, eles também eram proibidos, em Atenas, de serem proprietários de terras ou casas. Entretanto, eles tinham deveres para com a vida pública e podiam se engajar perfeitamente na vida econômica e social, podendo ter alguns dos seus direitos reconhecidos pelas cortes, gozando de certo *status*. Contrariamente, os escravos não somente não gozavam de direitos políticos ou de cidadania, como não gozavam de direito algum. A eles era negado qualquer tipo de proteção, não sendo mais do que objetos da propriedade do seu senhor. Os gregos conheciam o instituto da manumissão, pelo qual era concedida liberdade aos escravos. Porém, uma vez libertos, eles se encontravam no mesmo tipo de *status* concedido aos estrangeiros, não se tornando cidadãos. Embora fosse o governo de muitos, muitos estavam excluídos da democracia naquela época. O número estimado de escravos em Atenas chega a 80.000-100.000, no tempo de Péricles¹⁶, ou seja, a proporção de três (3) escravos para dois (2) cidadãos livres.

Também externamente a democracia grega poderia ser considerada exclusivista. Ou melhor, conforme já afirmado anteriormente, não se pode falar em democracia grega propriamente dita e sim em democracia nas diferentes cidades gregas. Na visão dos gregos, democracia só poderia existir dentro dos limites de uma cidade, não se estendendo às demais. Isto decorre principalmente do fato de os gregos não reconhecerem qualquer categoria em abstrato de

autor ainda afirma que um dos maiores problemas para o entendimento da democracia grega é a falta de informações acuradas.

¹⁵ A respeito das diversas categorias de cidadãos, ver HELD, **Models of...**, *op.cit.*, Capítulo I.

¹⁶ Este dado é apresentado em HELD, **Models of...**, *op. cit.*, p. 23.

direitos individuais ou cidadania. Eles não reconheciam direitos inalienáveis à liberdade, propriedade ou direitos políticos. Estes direitos todos se achavam compreendidos na categoria de cidadania. Por sua vez, esta categoria era específica de uma determinada cidade, de uma cidade particular. O cidadão era o cidadão de uma cidade determinada.

Por fim, a democracia nas cidades gregas, pelas suas características de participação direta, era aplicável somente em pequena escala. Outrossim, isto se constituía em um requisito para que uma cidade pudesse adotar uma forma democrática. A forma pela qual se exercitava esta participação, bem como os gregos não terem condições de estendê-la em grande escala, impedia também que este regime pudesse ser estendido ao relacionamento com outras cidades.

Não foram tanto as instituições da democracia nas cidades gregas, pelas suas peculiaridades, que influenciaram o pensamento político ocidental. Essencial são os ideais da democracia antiga que reconhecidamente gozam de tal importância. Estas idéias - e ideais - acentuadamente os de liberdade e igualdade - estão presentes em toda a trajetória da democracia.

1.2 O CENÁRIO POLÍTICO NA EUROPA ANTES DO ADVENTO DO PENSAMENTO LIBERAL

Com o objetivo de explicitar aquilo que pode ser considerado como a base do pensamento político moderno, torna-se necessário situar o contexto político e intelectual vigente na Europa naquele momento histórico. A primeira questão que pode ser levantada aqui é quanto à opção pela passagem do pensamento democrático clássico para o cenário da Idade Média e do Renascimento, no período compreendido entre os séculos XI e XVI.

O pensamento político clássico, marcadamente no período em que a democracia foi vivenciada na Grécia, é fonte imprescindível para a compreensão da chamada democracia moderna. Isto não se justifica tanto em razão da funcionalidade do modelo democrático grego mas, principalmente, em função dos ideais que nortearam aquele momento histórico. Entre estes ideais - conforme exposto no item anterior - pode ser destacada a idéia de intensa participação

popular na gerência da coisa pública, a qual conduz ao ideal de democracia direta. Ainda que a noção de cidadania fosse restrita, é de ser ressaltada a idéia de liberdade e igualdade vigente entre os gregos. Entretanto, não podem ser encontradas - no período compreendido entre o declínio da democracia grega e o ressurgimento do republicanismo no século XI - maiores preocupações com a problemática da democracia.¹⁷ Desta forma, a passagem para a Europa do século XI se justifica em razão da intenção de se estabelecer os pressupostos teóricos e o momento político que serviu de pano de fundo ao surgimento do moderno conceito de Estado, bem como da idéia de soberania e participação popular. Visando à realização de tal objetivo, é essencial situar a problemática do relacionamento entre o poder secular e o poder eclesiástico, bem como o papel que a Reforma e a Contra-Reforma exerceram neste cenário.

1.2.1 A Tensão entre as Noções de *Homo credens* e *Homo politicus*

De certa maneira, é possível constatar que o desenvolvimento do pensamento político na Europa, sobretudo no período ora em análise, pode ser tomado como uma história das respostas aos problemas colocados pela Igreja. Neste sentido, o desenvolvimento político europeu pode ser encarado como teológico-político, na medida em que a filosofia política no período visava essencialmente a formulação de respostas para a problemática do interrelacionamento entre o poder secular e o poder eclesiástico.

Da noção grega de participação ativa nos negócios da *polis* - concepção que partia da noção do homem enquanto homem político - passou-se a uma visão do homem enquanto essencialmente sujeito da fé, devido à influência do cristianismo no pensamento político ocidental. Este eclipse do ideal de cidadania se caracteriza pela passagem da ação política laica para um cenário em que a *polis* passa a ser entendida dentro de uma perspectiva teológica. Isto levando à conclusão de que a gerência das coisas terrenas - ou seculares - caberia também à Igreja e, mais especificamente, ao papa, representante de Deus na Terra. Para

¹⁷ Esta consideração pode ser encontrada em HELD, **Models of...**, *op. cit.*, p. 38 e também é dividida por DAHL, **Democracy and...**, *op. cit.*

entender o pensamento político do período, é necessário precisar de que modo se deu o ressurgimento da noção do *homo politicus*, que se manifesta por meio da ação política.¹⁸ Com isto não se quer afirmar, o que seria um equívoco, que no período compreendido entre o declínio da democracia na Grécia e a redescoberta das obras de Aristóteles pelo Ocidente, em torno do século XIII, tenham desaparecido quaisquer preocupações com os negócios terrenos (o pensamento político formulado à época do período republicano em Roma e também do Império Romano são provas em contrário¹⁹). O que se quer frisar é que as bases do pensamento político liberal começam a surgir na Europa a partir da recolocação do problema da autoridade do governante em face do poder exercido pela Igreja, o que vai ser fundamental na moderna conceituação de Estado e também para a definição da soberania.

1.2.2 A Defesa do Ideal de Liberdade

A defesa do ideal de liberdade constitui um dos pontos fundamentais no pensamento político no período. Neste aspecto, importa analisar duas formas diferenciadas de relacionamento político que caracterizaram o período e que são fundamentais na definição da idéia de liberdade: em primeiro lugar, a relação entre as cidades-repúblicas e o Império e, em segundo lugar, a relação entre as cidades-repúblicas e o papado.

¹⁸ " (...) the story of the revival in the early modern West of the ancient ideal of *homo politicus* (the *zoon politicon* of Aristotle), who affirms his being and his virtue by the medium of political action, whose closest kinsman is the *homo rhetor* and whose antithesis is the *homo credens* of Christian faith..." " (...) a história do ressurgimento no início do pensamento moderno no Ocidente, do antigo ideal de homem político (o *zoon politicon* de Aristóteles), o qual afirma sua existência e sua virtude através da ação política, do qual a família mais próxima é o *homo rhetor* e cuja antítese é o homem crente da fé cristã... ". (POCOCK, J.G.A. **The Machiavellian moment**. Florentine Political Thought and the Atlantic Republican Tradition. Princeton : Princeton University Press, 1975. p. 550).

¹⁹ Vários autores republicanos se utilizaram exaustivamente das obras de Cícero e este já afirmava que a gestão da *res publica* é tarefa do homem. Assim: "The commonwealth (*res publica*) is the people's affair (*populi res*); and the people is not every group of men, associated in any manner, but is the coming together of a considerable number of men who are united by a common agreement about law and rights and by the desire to participate in mutual advantages. " A riqueza comum (coisa pública) é tarefa do povo (coisa do povo) e o povo não é qualquer grupo de homens, associado de qualquer maneira, mas é aquele conjunto de um considerável número de homens os quais estão unidos por um acordo comum quanto às leis e direitos e pelo desejo de participar em

O modelo de organização política na Europa (notadamente feudal) se modifica, após o século XI, sobretudo por força da organização política das cidades italianas, ciosas de sua independência e liberdade. Estas cidades independentes converteram-se em repúblicas e passaram a ser governadas pelos cônsules, os quais detinham o controle da cidade, em detrimento do poder papal ou mesmo imperial. Em torno do século XII os cônsules foram substituídos pelo *podestà*, ou seja, aquele que detém o poder supremo sobre a cidade. O *podestà* não tinha direito a decisões políticas, sendo que seus poderes se concentravam na administração da justiça e na administração da cidade propriamente dita. Outra característica importante é que os mesmos eram eleitos pelo voto popular, sendo normalmente habitantes de outra cidade (na intenção de evitar qualquer comprometimento que pudesse afetar a sua imparcialidade), que a ela regressavam uma vez acabado o seu mandato. Ao final do século XII quase todas as cidades do Norte da Itália já haviam adotado esta forma de autogoverno. Porém, como afirma Skinner, a liberdade destas cidades-repúblicas era uma liberdade de fato, posto que, de direito, as mesmas continuavam vinculadas e sendo vassalas do Santo Império romano ("While this brought them a measure of *de facto* independence, however, they continued to count *de iure* as vassals of the Holy Roman Empire"). A história das cidades italianas no período posterior ao século X é marcada pela sucessiva tentativa de vários imperadores em anexar o *Regnum Italicum* ao Santo Império Romano.²⁰

Esta luta das cidades-repúblicas para não se sujeitarem ao poder imperial foi marcada por um ideal de liberdade que envolvia duas idéias distintas: a primeira era a idéia de soberania, traduzida no direito de não sofrer qualquer controle externo na administração da sua vida política. A segunda idéia se consubstanciava no direito de se governarem como entendessem melhor, o que representava a defesa de suas constituições republicanas²¹. Entretanto, esta aspiração ao ideal de liberdade não se revestia de nenhum critério de legalidade,

mútuas vantagens." (CÍCERO. *De Re Publica*, p. 24, citado por HELD, *Models of...*, *op. cit.*, p. 43).

²⁰"The term *Regnum Italicum* thus refers only to that part of Northern Italy which corresponds to the Lombard kingdom of the Dark Ages, which Otto I reincorporated into the German Empire in 962." "O termo *Regnum Italicum* então se refere somente àquela parte do Norte da Itália a qual corresponde ao reino da Lombardia na Idade Negra, a qual foi reincorporada por Otto I ao Império Germânico em 962." (SKINNER, Quentin. *The foundations of modern political thought*. Cambridge : Cambridge University Press, 1978. p. 4).

²¹ *Id. ibid.*, p. 6-7.

uma vez que, segundo o ordenamento jurídico vigente (representado basicamente pelo código civil romano), a autoridade máxima era do Santo Imperador romano, o qual detinha o *dominus mundi*, sendo o *senhor do mundo*.

No período marcado pela luta das cidades italianas contra o Império, estas foram apoiadas pelo papa.²² Porém, esta aliança com a Igreja continha em si uma substancial ameaça, que era a do papado começar também a ter aspirações temporais no sentido de governar o *Regnum Italicum*. Estas aspirações necessitavam de uma fundamentação intelectual, que legitimasse o direito da Igreja à administração dos negócios temporais. Tal base começara a ser construída pelo papa Graciano em 1140, ao reunir os decretos papais no que seria o código de direito canônico. A idéia era de que o papa pudesse exercer a *plenitudo potestatis*, ou seja, assumir o controle do poder temporal e espiritual.

Nesta época, as cidades-repúblicas necessitavam de uma fundamentação política que lhes permitisse defender seu ideal de liberdade contra as pretensões seculares do papado. Neste cenário e com esta intenção, se destaca a figura de Marcílio de Pádua que, com seu livro *O Defensor da Paz*, por ele concluído em 1324, tenta dar uma resposta às pretensões eclesiásticas. O desenvolvimento do pensamento político de Marcílio de Pádua tem como eixo três temas principais.²³

Primeiramente, este autor enfatiza a noção de que as comunidades civis são produto da razão e espaço onde os seres humanos podem viver uma vida suficiente. Dentro desta perspectiva, cada parte da comunidade pode ser considerada a partir da contribuição que dá aos fins da mesma, sendo que o governo é responsável por assegurar que estes fins sejam respeitados ou perseguidos adequadamente.

Em segundo lugar, Marcílio considera que a presença do governante não é suficiente para evitar conflitos que possam comprometer a comunidade. Nesta perspectiva, a existência de conflitos entre os indivíduos é inevitável e, assim, implica na existência de um poder coercitivo que seja capaz de solucionar estes mesmos conflitos e garantir a paz e prosperidade da comunidade. A existência de fontes distintas de autoridade, isto é, a Igreja e o estado, podem comprometer a

²²Segundo SKINNER: "The alliance was first forged by Pope Alexander III, after Barbarossa had refused to countenance his elevation to the Papal throne in 1159". "A aliança foi primeiramente firmada pelo Papa Alexandre III, após Barbarossa ter se recusado a sancionar sua elevação ao trono papal, em 1159." (*Id. ibid.*, p. 12).

²³ A este respeito conferir HELD, *Models of...*, op. cit., p. 46-50.

harmonia social. Em consequência, é necessário que exista uma fonte única de autoridade, capaz não somente de criar as leis mas também de garantir a sua aplicação, para isto gozando de poder coercitivo. E, para este autor, esta fonte seria o Estado. Segundo ele, a Igreja não é uma instituição capaz de exercer qualquer jurisdição temporal (política ou legal) que implique na autorização para o exercício de um poder coercitivo.

Finalmente, como consequência dos dois pontos anteriores, este autor faz repousar toda a autoridade política legítima no povo. O povo é considerado o último legislador e somente este é detentor de qualquer poder coercitivo. Por sua vez, o meio correto para a apreensão do que sejam os fins da comunidade está contido na vontade do povo e a ele compete o poder de criar as leis. O governo de muitos seria superior ao governo de um só - monarquia - ou ao governo de poucos - aristocracia - uma vez que, da necessidade de se estabelecerem finalidades comuns e leis, nasceria uma natural acomodação dos interesses conflitantes.²⁴

Entretanto, a existência de várias facções internas nas cidades italianas, todas competindo entre si para obter a supremacia de seus interesses na comunidade, implicou que, já a partir do século XIII, a maior parte destas cidades tivesse abandonado o ideal republicano e estabelecido o governo de um só - *signore* - o qual fosse capaz de garantir a paz e a segurança. Com o advento dos *signori* o despotismo começa a se consolidar como forma política, em meio à tensão que se apresentava entre valores, no período, opostos: paz e liberdade.

²⁴ "The authority to make laws...cannot belong to one man alone...for through ignorance or malice or both, this one man could make a bad law, looking more to his own private benefit than to that of the community, so that the law would be tyrannical. For the same reason, the authority to make laws cannot belong to a few; for they too could sin, as above, in making the law for the benefit of a certain few and not for the common benefit, as can be seen in oligarchies. The authority to make the laws belongs, therefore, to the whole body of citizens or to the weightier part thereof, for precisely the opposite reason. For since all the citizens must be measured by the law according to due proportion, and no one knowingly harms or wishes injustice to himself, it follows that all or most wish a law conducing to the common benefit of the citizens." "A autoridade para fazer as leis ... não pode pertencer a um homem sozinho...pois por ignorância ou por malícia ou por ambas, este único homem pode fazer uma má lei, procurando mais o seu benefício privado do que o da comunidade, e então a lei seria tirânica. Pela mesma razão, a autoridade para fazer leis não pode pertencer a poucos, porque eles também podem errar, como acima mencionado, fazendo as leis em benefício de certos poucos, e não em benefício comum, como pode ser visto nas oligarquias. A autoridade para fazer leis pertence, assim, para o corpo inteiro de cidadãos ou pela maior parte deles, exatamente pela razão oposta. Porque todos os cidadãos devem ser tomados pela lei de acordo com a sua devida proporção, e do fato de que ninguém conhecido machuca ou quer prejudicar a si próprio, segue-se que todos ou muitos querem leis que conduzam ao benefício comum de todos os cidadãos" (PÁDUA, Marsílio de. **The defender of peace**, p. 48-49, citado por HELD, **Models of...**, op. cit., p. 48).

Estes mesmos governantes foram louvados como aqueles que trouxeram paz às cidades, ainda que o preço por ela significasse a renúncia ao ideal de liberdade.

Algumas cidades italianas resistiram à ascensão dos déspotas, nesta luta se destacando a cidade de Florença. Esta luta dos florentinos foi acompanhada da tentativa de elaborar uma teoria política que, ao mesmo tempo em que elaborava os princípios republicanos, tinha como objetivo realçar os méritos de tal forma de governo. A república deveria opor-se ao governo despótico e, paralelamente, atribuir o governo das coisas terrenas ao Estado, e não à Igreja. Isto porque a particularidade da vida republicana envolvia claramente a individualização de sua história e sua secularização. A este respeito, POCOCK coloca que:

The republic was not timeless, because it did not reflect by simple correspondence the eternal order of nature; it was differently organized, and a mind which accepted republic and citizenship as prime realities might be committed to implicitly separating the political from the natural order. The republic was more political than it was hierarchical; it was so organized as to assert its sovereignty and autonomy, and therefore its individuality and particularity.²⁵

Ao final do século XIII havia duas tradições distintas de análise política que poderiam servir de base à estruturação do ideal republicano: uma delas era a retórica, tópico fundamental de ensino desde a fundação das universidades italianas no século XI, e a outra a filosofia escolástica, que viera da França à Itália no final do século XIII. Estas tradições filosóficas capacitavam os autores republicanos, protagonistas da liberdade, a conhecer e defender seus ideais. O ensino da retórica tinha como finalidade básica conferir uma capacitação adequada a escrever cartas e outros documentos oficiais com o máximo de clareza e força persuasiva²⁶. A preocupação da retórica se voltava à persuasão do homem a agir, decidir, aprovar ("Rhetoric, on the other hand, was concerned with persuading men to act, to decide, to approve; it was intellect in action and in

²⁵ "A república não era atemporal, porque ela não era um reflexo da simples correspondência da eterna ordem da natureza; ela era diferentemente organizada, e uma mente a qual aceitasse a república e a cidadania como primeiras realidades deveria estar comprometida pela implícita separação do político da ordem natural. A república era mais política do que hierárquica, e bastante organizada para assegurar sua soberania e sua autonomia, e conseqüentemente sua individualidade e particularidade" (POCOCK, *The Machiavellian...*, *op. cit.*, p. 53).

²⁶ SKINNER, *The foundations...*, *op. cit.*, p. 28.

society, presupposing always the presence of other men to whom the intellect was addressing itself")²⁷. No desenrolar do século XIII os objetivos da *Ars Dictaminis* foram sendo ampliados e envolvendo cada vez mais o político, com uma celebração do ideal republicano.

Segundo Skinner, abandonou-se a perspectiva de que o seu único objetivo seria o de instruir os alunos na arte retórica e foram se tornando cada vez mais livros destinados a fornecer conselhos políticos para os governantes das cidades ("Their authors are no longer content to offer their views about the conduct of affairs in a oblique form. They abandon any pretense that their essential concern is to offer instruction in the rethorical arts, and instead present themselves directly as the natural advisers of rulers and cities."²⁸). Estes livros se concentravam primeiramente em enumerar as virtudes que todos os governantes deveriam possuir.

Por outro lado, estes autores, além de defenderem o ideal republicano da liberdade, também estavam preocupados em descobrir as causas do enfraquecimento das cidades-repúblicas, o qual permitiu a ascensão dos déspotas. Entre estas causas eles destacavam a existência de facções em conflito no interior das cidades e o aumento da riqueza privada. A resposta básica que forneciam para superar estes problemas e defender o ideal da liberdade republicana é a de que o povo deveria ser apto a colocar seus interesses pessoais de lado e aprender a identificar seu bem particular com o bem da cidade como um todo.²⁹

Paralelamente à retórica, a filosofia escolástica começa a ser retomada com a redescoberta das obras de Aristóteles. A filosofia aristotélica chocava-se com a visão agostiniana do que seria uma vida política cristã. Para Santo Agostinho a sociedade política seria uma ordem determinada por Deus e imposta aos homens. Ao contrário, em Aristóteles tem-se que a arte política é uma atividade dos homens, essencialmente mundana. Em suas palavras, referindo-se ao estado:

Our own observation tells us that every state is an association of persons formed with a view to some good purpose. I say 'good' because in their actions all men do

²⁷ POCKOCK, *The Machiavellian* ..., *op. cit.*, p. 58.

²⁸ SKINNER, *The foundations*..., *op. cit.*, p. 33.

²⁹ A este respeito conferir SKINNER, *The foundations*..., *op. cit.*, p. 42 e segs.

in fact aim at what they think good. Clearly then, as all associations aim at some good, that one which is supreme and embraces all others will have also as its aim the supreme good. That is the association which we call the State, and that type of association we call political.³⁰

Da mesma forma que os defensores da retórica, também os escolásticos tiveram como objetivo estabelecer as bases da independência política, o autogoverno republicano. Também à semelhança dos retóricos, os escolásticos se questionavam quanto aos motivos que estavam enfraquecendo as cidades republicanas e, ainda em semelhança àqueles, concluíam que a discórdia civil era uma das principais causas deste enfraquecimento. Os escolásticos concordavam que o valor supremo a ser atingido na vida política seria a paz e a concórdia. Porém, não aceitavam a conclusão de que, com o objetivo de se alcançar a paz, o valor da liberdade deveria ser colocado de lado. Sustentavam que, ainda que o valor supremo resida na paz, esta não implica na renúncia da liberdade.

Na Europa de início do século XVI as obras de Maquiavel se destacam pelo seu conteúdo e inovação. *O Príncipe* é construído na intenção de servir de aconselhamento aos governantes, destacando a maneira como o príncipe poderia vir a conservar seu estado, encontrando-se dentro do gênero literário de espelho dos príncipes. Os autores destes livros tinham como idéia central que a principal função do governante não era garantir a liberdade dos seus, mas sim garantir a paz das cidades.

Maquiavel completou *O Príncipe* em fins de 1513. Até então, ele só havia servido à república florentina. Porém, com a retomada do poder pelos Médici, em 1512, todo o panorama da época se transforma. Tanto assim que, dois anos depois de concluída sua obra, Maquiavel a dedica a Lourenço de Médici, numa tentativa clara de conquistar-lhe a simpatia. A argumentação central do livro consistia em indagar de que maneira um príncipe poderia melhor conservar o seu estado e se uma conduta baseada na virtude política seria a melhor maneira de atingir tal finalidade. Neste ponto, diferentemente de outros autores que

³⁰ "Nossa própria observação nos conta que cada estado é uma associação de pessoas formada com vistas a algum bom propósito. Eu digo 'bom' porque em suas ações todos os homens almejam de fato o que eles pensam ser bom. Claramente, então, como todas as associações almejam algum bem, terão também como seu objetivo o bem supremo. Esta é a associação que nós chamamos de Estado, e este tipo de associação nós chamamos de política." (ARISTÓTELES, *The politics*, op. cit., p. 25).

escreveram livros de conselhos, Maquiavel afirma que nem sempre a procura da virtude e o êxito nos negócios políticos são compatíveis.

Referindo-se à maneira pela qual um príncipe adquire seu principado, Maquiavel afirma que isto acontece por duas vias: ou através da fortuna ou através da virtude ("Those dominions that are acquired by a ruler are either used to living under the rule of one man, or accustomed to being free; and they are either acquired with soldiers belonging to others, or with one's own; either through fortune ou through strength - *virtú*.")³¹. Continuando seu raciocínio, este autor acredita que um príncipe deve contar mais com sua virtude do que com o auxílio da fortuna; seria a existência da virtude que capacitaria um príncipe a fazer frente aos desígnios da Fortuna, atingindo honra, glória e fama. Nas palavras de Maquiavel:

I maintain that, in completely new kingdons, the new ruler has more or less difficulty in keeping hold of power depending on whether he is more or less skillful - *virtuoso*. Now you only find yourself in this situation, a private individual only becomes a ruler, if you are either lucky, or skillful - *virtú*. Both luck and skill enable you to overcome difficulties. Nevertheless, he who relies least on luck has the best prospect of sucess.³²

Entretanto, à diferença de outros autores humanistas, que enfatizam os valores da sabedoria, clemência, honestidade, moderação e outros, este autor enfatiza a importância da força bruta na política, insistindo na necessidade de uma "economia da violência", principalmente no decorrer de *O Príncipe*³³. Em vários momentos de *O Príncipe*, Maquiavel afirma a importância do emprego da violência e se manifesta quanto às qualidades que um príncipe deve possuir. Assim: "The principal foundations on which the power of all governments is based (wheter they be new, long-established, or mixed) are good laws and good

³¹ " Estes domínios que são conquistados por um governante estão ou acostumados a viver sob o governo de um homem, ou acostumados a serem livres; e eles são conquistados ou como soldados pertencendo a outros, ou por si mesmos, seja através da sorte ou através do esforço - virtude." (MACHIARELLI. **Selected political writings**. Indianapolis : Hackett, 1994. p. 6).

³² " Eu sustento que, em reinos totalmente novos, o novo governante tem maior ou menor dificuldade para manter firme o poder conforme ele seja mais ou menos habilidoso - virtuoso. Por outro lado, você só se encontrará nesta situação, um indivíduo privado só se torna um governante, se contar com a sorte ou com a aptidão - virtude. Ambos, sorte e aptidão, tornam você capaz de superar as dificuldades. Entretanto, aquele que depende menos da sorte tem mais chance de obter sucesso " (*Id. ibid.*, p. 18).

³³ SKINNER, **The foundations...**, *op. cit.*, p. 130.

armies. And since there cannot be good laws where there are not good armies, and since where there are good armies, there must be good laws, I will only omit any discussion of laws, and will talk about armies”³⁴. Quanto às qualidades:

So it is necessary for a ruler, if he wants to hold on to power, to learn how not to be good, and to know when it is and when it is not necessary to use this knowledge. (...) But one cannot have all the good qualities, nor always act in a praiseworthy fashion, for we do not live in an ideal world. You have to be astute enough to avoid being thought to have those evil qualities that would make it impossible to you to retain power...³⁵

Bastante significativa a seguinte afirmação: “So a ruler need not have all the positive qualities I listed earlier, but he must seem to have them. Indeed, I would go so far as to say that if you have them and never make any exceptions, then you will suffer for it; while if you merely appear to have them, they will benefit you”³⁶. Ao se referir ao conjunto de qualidades que o príncipe deve possuir a fim de conservar seu estado, Maquiavel não diferencia entre boas ou más. O príncipe deve possuir a virtude para realizar grandes feitos, não sendo de maior relevância os meios que emprega para tais fins.

Se neste livro - *O Príncipe* - o objetivo era fornecer aconselhamento ao príncipe em particular, *Os Discursos* se destinam a fornecer aconselhamento ao povo como um todo (entendido povo no sentido de homem, adulto e originário do lugar em questão). Naquele o objetivo fundamental de Maquiavel era com a preservação do ideal de segurança; neste, porém, o valor básico é o da liberdade. Ainda que mantendo parte do ideário do primeiro, este autor promove uma

³⁴ “As principais fundações sobre as quais o poder de todos os governantes é baseado (sejam eles novos, antigos, ou mistos) são boas leis ou boas armas e, desde que não pode haver boas leis onde não haja boas armas e desde que onde existam boas armas, devem existir boas leis, eu não vou fazer nenhuma discussão sobre leis e falarei sobre armas.” (MACHIARELLI, **Selected political...**, *op. cit.*, p. 38).

³⁵ “Então, é necessário para um governante, se ele quer se conservar no poder, aprender como não ser bom, e saber quando é necessário e quando não é usar tal conhecimento. (...) Mas alguém não pode ter todas as boas qualidades, nem sempre agir de um modo agradável, porque nós não vivemos num mundo ideal. Você deve ser astuto o suficiente para evitar ficar pensando que tem todas as más-qualidades que fariam impossível a você se conservar no poder;...”. (*Id. ibid.*, p. 48).

³⁶ “Então um governante não necessita ter todas as boas qualidades que eu elaborei antes, mas precisa parecer que as tem. Eu iria mais longe para dizer que se você as tem e nunca faz exceções, então você vai sofrer por isto; enquanto você apenas aparentar que as tem, elas irão beneficiá-lo” (*Id. ibid.*, p. 55).

diferenciação quanto aos objetivos e meios a serem empregados.³⁷ Ao mesmo tempo, dirigindo-se à coletividade, existe o clamor pela virtude coletiva, bem como a consideração de que somente servindo ao seu país isto pode ser alcançado (“(....) I notice [that] what history has to say about the highly virtuous actions performed by ancient kingdons and republics, by their kings, their generals, their citizens, their legislators, and by others who have gone to the trouble of serving their country...”).³⁸

Algumas das maiores contribuições da análise de Maquiavel quanto à vida política de seu tempo residem no reconhecimento de que os conflitos são inevitáveis na vida social, funcionando mais como fator de base do que de ruptura; na constatação de que a vida política possui valores próprios, nem sempre adequados à fé cristã e de que se faz necessária a participação dos cidadãos na vida política³⁹. Neste sentido, Maquiavel talvez tenha sido o primeiro pensador político a reconhecer expressamente o caráter constitutivo do conflito nas relações sociais, estruturadas em relações de poder.

Importa analisar, agora, a contribuição dada pela Reforma protestante, bem como pela Contra-Reforma, ao pensamento político europeu dos séculos XVI e XVII.

1.2.3 A Reforma e a Contra-Reforma

Não é possível, na análise dos movimentos históricos, separar precisamente os diversos movimentos que marcaram cada período, dado que os mesmos por vezes ocorrem de forma simultânea ou em paralelo. Assim, no momento em que Maquiavel escrevia *O Príncipe*, na Itália, outro importante

³⁷ Ao se referir ao momento de elaboração da constituição, MAQUIAVEL, no livro **Os Discursos**, enfatiza o ideal de liberdade: “Just how difficult it is when one is drawing up the constitution of a republic to put in place all those laws needed to preserve its freedom is well illustrated by the development of the constitution of Rome” (MACHIARELLI, **Selected political...**, *op. cit.*, p. 142). “O quanto é difícil quando alguém está elaborando a constituição da república colocar em primeiro lugar todas aquelas leis necessárias à preservação da liberdade é bem ilustrado pelo desenvolvimento da constituição de Roma.”

³⁸ “Eu observo que o que a História tem a dizer sobre as mais virtuosas ações realizadas pelos velhos reinos e repúblicas, por seus reis, seus generais, seus cidadãos, seus legisladores, e por outros que tiveram problemas por servir ao seu país” (MACHIARELLI. **The discourses**. Suffolk : Penguin Books, 1970. p. 98)

movimento político - fundamentalmente centrado na idéia da compreensão do interrelacionamento poder secular/poder eclesiástico - começa a ganhar força na Alemanha, com Martinho Lutero.

O objetivo de se realizar tal análise é o de permitir a compreensão do relacionamento entre a Igreja e o papel do poder secular, adotando-se como premissa que o moderno conceito de Estado deita suas raízes na filosofia política desta época, bem como também o conceito que depois viria a ser essencial na formulação deste, a soberania.

As implicações políticas do luteranismo são enormes e questionam todo o modelo de relacionamento entre a Igreja e o poder secular. A tese básica de Martinho Lutero, no tocante ao aspecto político, é que a Igreja não possui poderes de jurisdição e, como consequência, não detém poderes para dirigir e regular a vida cristã. Este pensador rejeitava de todo a idéia de que a Igreja poderia ter pretensão a exercer qualquer poder sobre a comunidade política. Tendo dado início às suas reflexões buscando resolver o dilema da salvação, Lutero rejeita a idéia de que a Igreja pudesse servir de intermediário entre o homem e o Criador, idéia esta que implicava em que o homem deveria buscar sua redenção através dos caminhos apontados pela Igreja. A doutrina de Lutero também implica na rejeição por completo do código de direito canônico.

Lutero via a Igreja como uma *congregatio fidelium*, a qual consistiria em um reino espiritual e não um reino temporal. O poder temporal estaria a cargo dos governantes, os quais poderiam exercer tal poder também sobre a Igreja. Consequência disto é que estariam abolidos todos os privilégios e diferenciações que a Igreja gozava no período e que eram considerados frutos da vontade divina.

A doutrina da obrigação política em Lutero apresenta uma tensão entre pólos opostos, os quais só viriam a ser explicitados suficientemente quando o luteranismo se viu perseguido pelo poder monárquico da época. Por um lado, se Lutero acreditava que todo poder político provém de Deus, o governante só tem direito a exercer as prerrogativas inerentes a este poder quando ele respeita a vontade divina, expressa na lei eterna e na lei natural. Assim, se o mesmo age erradamente, os súditos não estariam obrigados à obediência. Mas, por outro

³⁹ Conferir: SKINNER, *The foundations...*, op. cit., p. 180-181.

lado, se todos os poderes emanam de Deus, qualquer resistência ao soberano será também uma resistência à vontade divina. Isto levaria à conclusão de que a obediência é devida, ainda quando o governante agir erradamente. Cria-se, desta maneira, um dever de não-resistência por parte dos súditos.

Esta posição dos luteranos trouxe inegáveis conseqüências quanto ao florescimento das monarquias absolutas, que emergiam na Europa do Norte no século XVI. Se a Igreja não detém qualquer autoridade nos negócios temporais, e se os governantes não podem sofrer resistência por parte dos súditos, cabe a eles um poder absoluto no tocante à gerência do poder. É somente depois de 1530 que Lutero viria a modificar tal posição, dando seu aval à resistência⁴⁰, postura esta que depois viria a servir de base às teorias mais radicais dos calvinistas. O século XVI presenciou não somente o início da ideologia absolutista, mas também a sua teoria rival, apoiada na consideração de que todo poder residiria no povo. Na França deste período começa a tomar corpo a noção de que toda soberania reside na comunidade política, a qual não pode nem aliená-la e nem a ela renunciar. Toda autoridade política compete ao povo, que a exercita através da delegação de poderes aos governantes. Em conseqüência, o estatuto de um governante jamais poderia ser o de um senhor absoluto, mas tão somente o de um mandatário.

Vários autores já apontaram os tomistas da Contra-Reforma como os fundadores do pensamento constitucionalista e até como precursores do pensamento democrático moderno. Os tomistas partiam da consideração de que os seres humanos viveriam em uma comunidade natural, sujeita às leis da natureza e onde todos os seus membros seriam reconhecidamente livres e iguais entre si. Reconhecida esta situação, caberia a eles responder à questão de por quê são criadas as comunidades políticas, com a conseqüente perda da liberdade, questão que viria a ser retomada mais tarde por John Locke. Este é o problema direto da motivação, ou de onde residiria o fundamento de legitimidade da instauração de uma república. A resposta que estes filósofos dão à questão é de que, em uma comunidade natural, os homens acabariam não conseguindo viver sob os fundamentos da justiça, bem como teriam sua própria liberdade ameaçada. Desta maneira, através do consentimento, instituem a sociedade

⁴⁰A este respeito conferir SKINNER, *The foundations...*, *op. cit.*, v. 2, p. 73 e seguintes.

política. Esta posição viria a favorecer mais tarde a análise da obrigação política a partir da teoria do contrato social.

Importa ainda mencionar a noção de Estado e soberania em Jean Bodin, principalmente na obra *Os Seis Livros da República*. Este autor parte da constatação de que o Estado é o governo legítimo de várias famílias, através de um poder supremo e perpétuo. Justamente este caráter perpétuo e supremo seria o indicador da soberania. A soberania, neste autor, tem um caráter eminentemente legislativo, implicando que a sua principal característica seja a possibilidade de o soberano impor leis aos seus súditos sem o consentimento destes.

A análise acima realizada não tem a intenção de esgotar a compreensão dos vários movimentos políticos que marcaram a Europa no período considerado, tarefa que mereceria todo um trabalho para a sua realização. Conforme anteriormente mencionado, e com isto se espera que várias omissões possam ser entendidas, o objetivo foi tão somente o de lançar luz sobre momentos da filosofia política do período que tiveram influência na formulação dos conceitos de Estado, soberania e cidadania. Com o advento do século XVII, a definição de Estado, bem como sua ampla compreensão, passando pela definição da obrigação política, passam a ser o principal alvo da filosofia política, notadamente nas posturas de Hobbes e Locke. A maneira como isto se consolidou será analisada no próximo capítulo.

2 LIBERALISMO E DEMOCRACIA. A CONSTRUÇÃO DA DEMOCRACIA LIBERAL E SEUS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS: IGUALDADE E LIBERDADE

*"That mankind are not infallible; that their truths, for the most part, are only half-truths; that unity of opinion, unless resulting from the fullest and freest comparison of opposite opinions, is not desirable, and diversity not an evil, but a good..."*⁴¹

A democracia moderna pode ser entendida como democracia liberal, uma vez que a articulação de seus princípios fundamentais acha-se compreendida no pensamento liberal clássico. Imensas e complicadas são as transformações históricas que deram origem ao liberalismo e à democracia liberal. Entre o século XV e o século XVIII, dois são os principais tipos de regimes políticos característicos do Ocidente: as monarquias absolutas e as monarquias constitucionais. A compreensão da formação do pensamento político liberal pressupõe a compreensão de alguns conceitos fundamentais, entre eles o conceito de estado absolutista e o conceito de soberania. Este também é um momento político em que, da compreensão do homem visto como sujeito à vontade divina, passa-se à compreensão do homem como senhor de seu destino, ou seja, o homem como *homo politicus*. A análise a ser realizada, neste particular, prende-se à especificação dos conceitos de Estado absoluto e soberania, à idéia de separação de poderes e à maneira como o Estado moderno se organiza a partir da Revolução Francesa. No intuito de realizar tal objetivo, serão analisadas, basicamente, as contribuições de Hobbes, Locke, Rousseau e Montesquieu, bem como a corrente de pensamento denominada utilitarismo. O que se pretende é a explicitação de como duas tradições distintas, a liberal - com

⁴¹ MILL, John Stuart. *On liberty*. London : Penguin Books, 1974. p. 120. "A humanidade não é infalível; suas verdades, na maior parte, são apenas meias-verdades; a unidade de opinião,

sua ênfase no pluralismo, na liberdade e nos direitos do homem - e a democrática - com ênfase na idéia de autogoverno - se uniram para constituir a chamada democracia liberal.

Por fim, pretende-se demonstrar em que consistem os princípios políticos da igualdade e liberdade, fundamentais ao liberalismo. A análise a ser realizada se prende à significação que estes dois princípios assumem dentro da chamada democracia-liberal, não pretendendo discutir em profundidade as inúmeras possibilidades filosófico-conceituais presentes nestes dois princípios políticos. É no entrelaçamento destes que podem ser buscadas as bases da chamada democracia-liberal.

2.1 A MODERNA NOÇÃO DE ESTADO, SOBERANIA E CIDADANIA

A Europa do século XV forneceu as bases do que viria a ser o conceito moderno de Estado. Acentuadamente a partir das primeiras décadas do século XVI, pode-se perceber que a formulação deste conceito, bem como a correlata enunciação da noção da soberania, passam a ser o objetivo primeiro da filosofia política. A definição da natureza do Estado, seus poderes e o direito de exigir obediência dos seus súditos passam a dominá-la. Por outro lado, pode se dizer que, recuperando-se noções já presentes no livro *A Política*, de Aristóteles, a filosofia política passa a ser compreendida, nesta época, como um ramo independente do conhecimento, desvinculado da filosofia moral e implicando no aprofundamento da compreensão da arte de governar.

No período compreendido entre os séculos XV e XVIII, a Europa presenciava duas formas predominantes de regimes políticos: a monarquia absolutista (vivenciada por França, Prússia, Áustria, Espanha e Rússia) e a monarquia constitucional (basicamente nos moldes da Inglaterra e da Holanda). Ambos os modelos tiveram forte influência no desenvolvimento do Estado moderno. O Estado absolutista, em um primeiro momento, forneceu a primeira definição do que viria a ser o Estado e deu grande atenção ao problema da

a menos que seja resultado da mais completa e mais livre comparação entre opiniões opostas, não é desejável, e a diversidade não é um mal, mas um bem:...”

soberania ou poder soberano. A partir da concentração do poder nas mãos do soberano, e com o intuito de criar um sistema central de regras/comandos, o absolutismo lança as bases para um sistema nacional e secular de poder. Também a Reforma Protestante forneceu importantes subsídios: mais do que o questionamento de qual seria a melhor forma de relacionamento entre o poder secular e a Igreja, havia a questão central dos fundamentos da obrigação política e da obediência, ou seja, onde reside o dever de obediência.

É a partir do século XVI que se consolida a idéia do Estado como ordem política soberana e impessoal, estrutura legalmente circunscrita de poder soberano sobre um determinado território ("The idea of an impersonal and sovereign political order, that is, a legally circumscribed structure of power with supreme jurisdiction over a territory").⁴² Ao mesmo tempo, começa a ganhar consistência a idéia do indivíduo como agente, senhor do seu destino, e do povo como cidadão de um Estado e não mais apenas como sujeito de obrigações para com o seu senhor, feudal ou monarca. Diferentemente do sistema grego e das sociedades pré-modernas, cujos pontos de partida eram a sociedade e o indivíduo considerado a partir da sua inserção na mesma, este momento político se define pela importância central do indivíduo, sendo a sociedade explicada a partir deste. Neste contexto, começam a serem desenvolvidas as idéias de poder, soberania e cidadania.

2.1.1 Hobbes: Poder e Soberania

Sem dúvida, um dos mais importantes teóricos deste momento foi Thomas Hobbes (1588-1679). A obra de Hobbes deve ser analisada dentro do contexto histórico-político da época, marcado pela guerra civil inglesa, a qual culminou com a execução do Rei Charles I, em 1649. Duas questões básicas se colocavam: "(....) quelle est la fonction du roi, quel est le sens de l'institution monarchique? et aussi: quelle est la place de la religion dans la définition du corps politique?".⁴³

⁴² HELD, David. **Political theory and the modern state**. Cambridge : Polity Press, 1989. p. 11.

⁴³ "(....) qual é a função do rei, qual é o sentido da instituição monárquica? e também: qual é o lugar da religião dentro da definição do corpo político? (MANENT, Pierre. **Histoire intellectuelle du libéralisme**. Dix Leçons. Paris : Calmann-Lévy, 1987. p. 52).

Ou, colocando de outra forma: por que o Estado é necessário e que forma este deve assumir? Na tentativa de responder a estas questões, Hobbes desenvolve o conjunto da sua filosofia política, fundamental na moderna teoria do Estado.

Uma interessante característica de Hobbes é que ele é visto por vários teóricos como um dos expoentes de uma teoria absolutista do Estado, ao mesmo tempo em que é visto por outros como um dos precursores do liberalismo. Existem autores que acreditam haver na obra de Hobbes elementos liberais e antiliberais.⁴⁴ Entre os elementos liberais podem ser destacados: 1) uma profunda preocupação em descobrir em que circunstâncias a natureza humana pode se expressar melhor; 2) estabelecimento da melhor forma de organização social ou estado, que seja capaz de conceber os indivíduos como seres livres e iguais e 3) ênfase dada à noção de consenso ou consentimento como elemento de justificação do Estado. Em oposição, a postura antiliberal de Hobbes reside na sua conclusão de que o Estado necessita de um soberano cujos poderes sejam praticamente ilimitados, para criar as leis e assegurar as condições da vida social e política. Não obstante a presença de elementos que podem ser considerados caros ao liberalismo político, o eixo do pensamento político de Hobbes reside na sua preocupação com o estabelecimento de uma sociedade política onde o poder político resida nas mãos de um soberano todo-poderoso, o *Leviatã*. Neste sentido, sem dúvida este autor não se enquadra nos padrões liberais clássicos mas, nem por isso, deixa de ter uma profunda importância para esta corrente de pensamento.

No livro *Leviatã* (1651), Hobbes desenvolve não somente uma análise política, mas a desenvolve a partir de uma profunda reflexão sobre as características da natureza humana. Para ele, a natureza humana é marcada por um profundo egoísmo e busca incessante da realização de interesses próprios. Também a luta pelo poder é uma constante, na medida em que este é um instrumento para a realização destes interesses. A luta incessante pelo poder é uma luta pela auto-preservação e auto-satisfação, e estes são traços definidores da natureza humana. Nas suas palavras: "So that in the first place, I put for a generall inclination of all mankind, a perpetuall and restless desire of Power after

⁴⁴ Acerca do caráter liberal de algumas das posições defendidas por Hobbes, conferir: HELD, *Political theory*..., *op. cit.*, p. 14-15 e também HELD, *Models of*..., *op. cit.*, p. 77-78.

power, that ceaseth only in death”⁴⁵. Hobbes assume plenamente a idéia de conflito, mas coloca que este e a luta incessante pelo poder não necessariamente devem terminar em um estado de guerra.

Para ilustrar a sua idéia acerca do relacionamento entre os homens antes da sociedade política, ele concebe a idéia de um estado de natureza. Este estado é um estado de guerra constante, conforme se depreende da sua famosa expressão: “Hereby it is manifest, that during the time men live without a common Power to keep them all in awe, **they are in that condition which is called Warre; and such a warre, as is of every man, against every man**”.⁴⁶ Neste estado de guerra, há uma luta incessante pela sobrevivência e autopreservação. Sobre a vida neste estado “(....) And the life of man, solitary, poore, nasty, brutish, and short”.⁴⁷ Este seria um estado em que todos os homens estariam a tudo autorizados, visando a autopreservação. Eles estariam no gozo de certos direitos naturais, entre os quais o mais importante seria o da própria preservação. Porém, como e porque todos estariam a tudo autorizados, nada lhes poderia garantir o gozo destes direitos.

Em decorrência disto, seria necessário o estabelecimento de uma espécie de pacto ou acordo, ao qual todos se submetessem com o objetivo de colocar fim a tal situação de perigo e insegurança. Este acordo consistiria nos indivíduos renunciarem a estes direitos ilimitados, transferindo-os para uma autoridade dotada de tal poder que fosse capaz de forçar todos a manterem este compromisso inicial. Esta transferência de direitos e a sua subsequente atribuição à figura do soberano marcaria a passagem do estado de natureza para a sociedade política. Também marcaria um estado de divisão entre as esferas pública e privada, bem como entre estado e sociedade. Este pacto ficou conhecido na teoria política como contrato, e consistiria na transferência de direitos do indivíduo para uma única fonte de autoridade, dotada de soberania e a partir daí autorizada para atuar como representante de todos, implicando em que

⁴⁵ “ Então eu coloco, em primeiro lugar, uma inclinação geral de toda a humanidade, um perpétuo e incansável desejo de Poder e mais poder, o qual cessa somente com a morte.” (HOBBS, Thomas. *Leviathan*. London : Penguin Books, 1968. p. 161).

⁴⁶ “Como resultado desta manifestação, durante o tempo em que os homens vivem sem um Poder comum que os mantenha a todos temerosos, eles vivem nesta situação que é chamada de Guerra, e esta guerra é uma guerra de todos os homens contra todos os homens.” (*Id. ibid.*, p. 185, grifos da autora).

⁴⁷ “ (....) E a vida de todo homem, solitária, pobre, ruim, bruta e curta.” (*Id. ibid.*, p. 186).

todos os indivíduos fizessem o mesmo. Com isto, ficaria estabelecida uma única relação de poder, caracterizada em um pólo pelo soberano e em outro pólo pelo súdito.⁴⁸

Porém, esta passagem é mais simbólica do que propriamente material, conforme coloca C.B. Macpherson em sua introdução à edição do *Leviatã* (p. 45):

Hobbes was not asking his contemporaries to make a contract, but only to acknowledge the same obligation they would have had if they had made such a contract. He was speaking not to men in a state of nature, but to men in an imperfect political society, that is to say, in a society which did not guarantee security of life and commodious living (as witness its tendency to lapse into civil war). He was telling them what they must do to establish a more nearly perfect political society, one that would be permanently free from internal disturbance.⁴⁹

Esta nova sociedade a ser constituída seria um Estado secular, centralizado e com o poder absoluto residindo nas mãos do soberano. É justamente esta noção de Estado e a correspondente noção de poder e soberania que constituem as principais contribuições de Hobbes ao pensamento político moderno. O Estado ocupa uma posição central no pensamento hobbesiano: embora o indivíduo seja visto como anterior à comunidade e ao Estado mesmo, é somente a partir do estabelecimento deste que aquele encontra as principais condições para a sua existência asseguradas.

A principal função do soberano e do Estado seria a de assegurar as condições necessárias à sobrevivência, mas não somente a uma sobrevivência em sentido mínimo. O Estado também deve assegurar o direito à propriedade, considerada antes de mais nada um direito natural. E o Estado também deve assegurar suficiente educação a seus súditos, no sentido de que eles aprendam a respeitar estes direitos.

⁴⁸ "Thus the social contract consists in individuals handing over their rights of self-government to a single authority - thereafter authorized to act on their behalf - on the condition that every individual does the same. A unique relation of authority results: the relation of sovereign to subject." (HELD, **Political theory**..., op. cit., p. 16).

⁴⁹ "Hobbes não estava pedindo aos seus contemporâneos para fazer um contrato, mas somente para concordar com a mesma obrigação que eles haveriam de ter se tivessem realizado tal contrato. Ele estava falando não a homens no estado de natureza, mas a homens em uma imperfeita sociedade política, quer dizer, em uma sociedade que não garantia uma vida segura ou comodidades (com sua testemunhada tendência para recair na guerra civil). Estava dizendo a eles que deveriam realmente estabelecer uma sociedade mais perfeita, que pudesse ser permanentemente livre destes distúrbios internos."

Também é de fundamental importância ressaltar que a idéia de consenso - ou consentimento - aparece em Hobbes como elemento de justificação do Estado. É através do consentimento que os indivíduos aderem ao pacto que dá origem ao Estado e este constitui o elemento ético do poder do soberano. O soberano representa o público, o interesse público, dissociado da esfera privada. Justamente porque os homens transferem seus direitos ao soberano, na intenção de que este daí para a frente os represente, eles "renunciam" à liberdade que gozavam no estado de natureza e passam a ser sujeitos ou súditos da soberania/soberano. Em Hobbes, o poder é entendido como absoluto, tendo em vista que os indivíduos não conservam para si nenhuma parcela de liberdade que lhes habilitaria no futuro a opor-se às ordens do soberano. Assim, Hobbes remete o fundamento da obrigação política ao consentimento. A soberania é absoluta e atribuída a este Deus mortal, o Leviatã, capaz de assegurar a paz civil. Seu fundamento último reside no indivíduo, visto ser este a sua fonte.

2.1.2 Locke: Cidadania e Liberdade

Se em Hobbes podem ser encontrados os fundamentos da soberania, o mesmo pode ser dito em relação a John Locke (1632-1704), no tocante à noção de cidadania. Locke assume os conceitos de estado de natureza e contrato social, bem como a idéia de consentimento como fundamento do poder e da autoridade, mas modifica completamente o entendimento hobbesiano a este respeito. Como Hobbes, Locke estava preocupado em estabelecer os fundamentos do Estado, e a melhor forma pela qual este deveria ser concebido, havendo também uma preocupação fundamental quanto à legitimidade do poder a ser exercido pelo soberano.

Locke assume o indivíduo como anterior ao Estado. A sociedade é anterior ao Estado e este é concebido para possibilitar a condução daquela. O mundo político é precedido pela existência de indivíduos titulares de direitos naturais, marcadamente à vida, à liberdade e à propriedade. Os homens, no estado de natureza, são seres livres e iguais, porque a razão e a correta apreensão das leis da natureza os tornam capazes de exercitar julgamentos capazes de lhes

conduzir a existência. Nas palavras de Bhikhu Parekh: "Since in the liberal view the individual is conceptually prior to society, liberty is conceptually prior to morality. Individuals are moral beings because they are choosing beings, and it is their choices that give their conduct a distinctly moral as distinct from a 'merely' conventional or customary character".⁵⁰ Desde que a moralidade e as regras morais, nesta ótica, são resultantes da liberdade e questão de escolha, não pode haver nenhuma noção substantiva de bem, a qual possa ser imposta aos outros como a única possibilidade moral, traço característico do pensamento liberal.

Em Locke, o estado de natureza é caracterizado pela prevalência das leis da natureza, as quais asseguram a todos os homens direito à vida, liberdade e conservação do seu estado ("To understand Political Power right, and derive it from its Original, we must consider what State all Men are naturally in, and that is, *a State of perfect Freedom* to order their Actions, and dispose of their Possessions, and Persons as they think fit, within the bounds of the Law of Nature, without asking leave, or depending upon the Will of any other Man")⁵¹. Segundo o seu entendimento, este estado é caracterizado pela liberdade, mas não pela licenciosidade, tendo em vista a sujeição às leis naturais ("But though this be a *State of Liberty*, yet it is not a *State of License*, though Man in that State have an uncontrollable Liberty (...)")⁵². Para Locke, é justamente a adesão às leis da natureza que asseguram que este estado não seja um estado de guerra. Porém, devido às inclinações egoísticas dos homens, nem todas as leis da natureza são respeitadas por todos os homens, e a correta interpretação destas leis é deixada a todos eles, o que pode implicar em diferentes interpretações do conteúdo de uma mesma lei. Outro grande problema seria a indeterminação ou falta de uma melhor regulamentação do direito de propriedade. Assim, visando

⁵⁰ "Desde que na visão liberal o indivíduo é conceitualmente anterior à sociedade, a liberdade é conceitualmente anterior à moralidade. Indivíduos são seres morais porque são seres que realizam escolhas, e são suas escolhas que dão à sua conduta uma diferenciação moral em relação à mera convenção ou caráter costumeiro". (PAREKH, Bhikhu. **The cultural particularity of liberal democracy**. In: HELD, David (Ed.). **Prospects for democracy**. North, South, East, West. Cambridge : Polity Press, 1993. p. 159).

⁵¹ "Para entender corretamente o Poder Político, e derivar este do Original, nós devemos considerar o Estado em que todos os Homens estão naturalmente, isto é, um Estado de perfeita Liberdade para ordenar suas ações e dispor de suas Propriedades e Pessoas como lhe aprouver, dentro dos limites da Lei da Natureza, sem pedir permissão, ou depender da Vontade de algum outro Homem." (LOCKE, John. **Two treatises of government**. Cambridge : Cambridge University Press, 1960. p. 309. grifos do autor).

⁵² "Mesmo sendo este um *Estado de Liberdade*, ainda assim não é um *Estado de Licenciosidade*, ainda que o Homem neste Estado tenha incontável liberdade". (*Id. ibid.*, p. 311).

fugir destes inconvenientes, os homens criariam a sociedade política, através do contrato, pondo fim a este estado de natureza.

Se em Hobbes esta passagem do estado de natureza para a sociedade política é caracterizada por uma completa transferência dos direitos dos indivíduos ao soberano, o que justifica o poder absoluto deste, em Locke, ao contrário, não existe esta total transferência. O Estado, ou o poder, têm nitidamente um caráter instrumental. O Estado é criado com o intuito de assegurar determinados direitos, e esta função constitui o limite do poder político. Ou seja, este só está autorizado enquanto respeitar à sua finalidade. Em consequência, Locke acredita que, uma vez que haja um “desvio de função” no exercício do poder, a desobediência estaria autorizada. Esta parcela remanescente de liberdade que os súditos conservam para si quando instituem o poder político é elemento suficiente para vincular a obediência ao efetivo cumprimento das finalidades para as quais o mesmo foi instituído. Em síntese, a soberania continua a residir no povo.⁵³

Da mesma forma, Locke reconhecia a sempre possibilidade de haver uma corrupção no exercício do poder, tendo em vista a inequívoca falibilidade de todos os homens. Embora não haja em sua obra um completo desenvolvimento de uma teoria de separação dos poderes, esta necessidade foi por ele afirmada, objetivando coibir possíveis abusos. Este autor pensava o Estado como uma monarquia constitucional, onde os direitos dos indivíduos estariam previamente estabelecidos, devendo funcionar como marcos e limites ao poder soberano. Dentro desta monarquia constitucional, o monarca exerceria o poder executivo - ao qual o autor vinculava o poder judiciário - ao passo que uma assembléia parlamentar exerceria o poder legislativo, embora ele admitisse poder haver outras formas dentro das quais o poder poderia ser exercitado.

Neste autor, encontram-se as bases do desenvolvimento do pensamento político liberal. O indivíduo seria, ao mesmo tempo, elemento primeiro e último do Estado. Ele precede ao Estado e ao poder político e, ao mesmo tempo, estes

⁵³Locke conclui o segundo tratado desta forma: “To conclude, The Power that every individual gave the Society, when he entered into it, can never revert to the individuals again, as long as the Society lasts, but will always remain in the Community; because without this, there can be no Community, no Common-wealth, which is contrary to the original Agreement (...).” “Para concluir, O Poder que cada indivíduo dá à Sociedade, quando nela ele ingressa, não pode nunca reverter para o indivíduo sozinho, enquanto a Sociedade durar, mas permanecerá sempre com a

existem como instrumento para a realização dos direitos individuais. Os indivíduos são seres livres e iguais e são seres capazes de escolhas racionais, sendo os melhores árbitros quanto às suas próprias finalidades. A liberdade passa, então, a ser concebida como um dos principais direitos individuais. Pertencer a uma comunidade política - situação compreendida na definição de cidadania - passa a significar uma relação dicotômica - deveres e obrigações, liberdade e restrições.

Contudo, isto não significa que Locke possa ser considerado propriamente um democrata. Suas posições não avançam no sentido de precisar qual seria exatamente a extensão da noção de cidadania, bem como não chegam a tratar de institutos próprios do mecanismo democrático. Nas palavras de John DUNN:

So men are equal 'in respect of Jurisdiction or Dominion one over another' because they are put into the world' by his order and about his business...whose Workmanship they are. This does not mean that they in fact exhibit any sort of substantive equality or that it would be appropriate for them to do so. But it does mean that it must be possible to construe the legitimacy of any set of social arrangements in terms of the will of all adult participants in it, each individual counting for one. This does not indicate that Locke felt any profound yearning to institute mass democracy, in Leslie's contemptuous phrase to 'poll the whole nation'.⁵⁴

Uma verdadeira articulação entre o liberalismo e a democracia ainda estava para ser realizada, e ela começou a se concretizar a partir da segunda metade do século XVIII.

Comunidade, porque, sem isto, não pode haver Comunidade, não pode haver Common-wealth, o que é contrário ao Acordo originário. " (*Id. ibid.*, p. 477).

⁵⁴ "Desta forma os homens são iguais 'no que respeita à Jurisdição ou Domínio 'de um sobre o outro porque eles são colocados no mundo 'por sua ordem' e de seus com seus negócios...cujas habilidades no trabalho eles incorporam. Isto não significa que eles de fato exibam qualquer espécie de igualdade substantiva ou que seria apropriado para eles que a possuíssem. Mas isto significa que deve ser possível construir a legitimidade de qualquer conjunto de arranjos sociais em termos da vontade de todos os participantes adultos e na qual cada indivíduo conte por um. Isto não indica que Locke sentia qualquer profunda preocupação com o instituto da democracia de massas, na frase contemporânea de Leslie 'o voto da nação inteira' ". (DUNN,

2.2 A ARTICULAÇÃO ENTRE O LIBERALISMO E A DEMOCRACIA. A DEMOCRACIA MODERNA ENQUANTO DEMOCRACIA LIBERAL

Em meados do século XVIII, estavam já formulados alguns dos conceitos que viriam a ser as bases do pensamento liberal, tal como foi acima referido. Até este momento histórico, o liberalismo vinha existindo enquanto teoria política sem, contudo, apresentar traços constitutivos no tocante à democracia. Dentro do pensamento político moderno, o liberalismo precede à democracia e é determinante na definição das principais características da democracia, que assim passa a ser qualificada de liberal. Esta democracia liberal, fundada nos ideais do pensamento liberal e articulada segundo seus princípios fundamentais (liberdade e igualdade, os quais serão analisados no próximo tópico), é o que amplamente se compreende por democracia moderna.

O liberalismo parte do pressuposto de que os homens são seres livres e iguais, capazes de, através de uma ação racional, escolher, entre diversas alternativas, aquelas que melhor lhes convêm. Ao mesmo tempo, os indivíduos são titulares de determinados direitos (alguns liberais os qualificam como direitos naturais, outros não empregam este termo), os quais precedem a criação da sociedade política. Assumindo o poder político e o Estado como um instrumento de realização e proteção destes direitos, o pensamento liberal se defrontava com a questão da responsabilidade do governo perante os governados. Se o poder político é um instrumento à realização destas finalidades, cabe estabelecer de que forma o poder político deve ser melhor estruturado, tendo em vista esta finalidade. Ou seja, qual é a melhor relação entre governantes e governados? Paralelamente, estava ainda por ser definido o conceito de povo, ou cidadão, sujeitos hábeis a exercer seus direitos na sociedade política.

O objetivo deste tópico é tratar da articulação entre o liberalismo e a democracia, consubstanciando a idéia de democracia liberal e explicitando suas principais características. Porém, antes de desenvolver tais idéias, importa mencionar como a idéia da separação de poderes foi melhor formulada, na obra de Montesquieu. A inserção de Montesquieu se deve à necessidade de explicitar

a teoria da separação dos poderes, elemento teórico fundamental para a compreensão do Estado contemporâneo. Também nele se antecipa a preocupação com a necessidade do poder ser controlado, visando a coibir os abusos do seu exercício. Feito isto, será aberto um parêntese, visando a situar o pensamento de Rousseau acerca da democracia direta. Ainda que a democracia moderna não se adapte aos moldes em que a democracia foi concebida por Rousseau, este autor é menção obrigatória em qualquer análise acerca do desenvolvimento do pensamento democrático.⁵⁵

2.2.1 Montesquieu e a Teoria da Separação dos Poderes

O pensamento de Charles Louis de Secondat, Barão de Montesquieu (1689-1755) não se dirige diretamente a uma análise das condições primeiras da existência dos homens e nem trata diretamente dos fundamentos da legitimidade política. Sua teoria depende da interpretação de uma experiência política concreta, a experiência inglesa que, após a Revolução Gloriosa (1688-1689), firma um compromisso entre a Câmara dos Comuns e a Monarquia Reformada.

Montesquieu via na oposição entre o poder e a liberdade o centro do problema político e esta é a linguagem definitiva do liberalismo. Ao invés de partir do direito que funda a liberdade, ele parte para a análise do poder que a garante; ao invés de se interrogar sobre a origem do poder, ele se interroga sobre seus efeitos. A teoria da separação dos poderes nasce como fruto de uma extrema preocupação acerca do exercício do poder e também tentando equacionar a melhor forma de relacionamento entre governantes e governados, remetendo ao problema da responsabilidade daqueles para com estes. Toma-se como pressuposto que todos os homens que detêm poder tendem a abusar do mesmo. Desta forma, é necessário elaborar um mecanismo que permita que o próprio

⁵⁵Os autores sumarizados neste capítulo permitem, no entender da autora, compreender o momento político que precedeu e serviu de base à consolidação da democracia moderna, entendida como democracia liberal. Cada vez que se escolhe este ou aquele clássico para a compreensão de um determinado momento histórico ou de um determinado conceito se realiza, em paralelo, a exclusão de outros autores que também poderiam ser considerados relevantes. Neste particular, faz-se notar a ausência da explicitação do pensamento de Benjamin Constant e de Alexis de Tocqueville, entre outros. Conforme acima referido, acredita-se que os autores privilegiados no contexto deste trabalho são suficientes para o que se quer demonstrar.

poder detenha o abuso do poder, idéia celebrizada na expressão: "To prevent this abuse, it is necessary from the very nature of things that power should be a check to power".⁵⁶

Montesquieu assumia a necessidade de que o povo fosse representado, não podendo ser ele mesmo a exercer diretamente o poder. Ao mesmo tempo, reconhecia a existência de três poderes: executivo e legislativo (atrelados ao rei, na maioria das monarquias) e judiciário (exercitado entre sujeitos do povo); sendo que este último era considerado por ele com importância quase nula.⁵⁷

Partindo do pressuposto de que a liberdade deveria ser o objetivo último, este autor coloca que não pode haver liberdade onde um homem tenha temor ao outro, ou onde haja concentração de poder nas mãos de um só: "The political liberty of the subject is a tranquility of mind arising from the opinion each person has of his safety. In order to have this liberty, it is requisite the government be so constituted as one man need not be afraid of another".⁵⁸

E, referindo-se ao exercício do poder, afirma que deve haver uma separação: "There would be an end of everything, were the same man or the same body, whether of the nobles or of the people, to exercise those three powers, that of enacting laws, that of executing the public resolutions, and of trying the causes of individuals"⁵⁹. Para que a liberdade possa ser assegurada, é necessário que haja separação e equilíbrio entre o exercício das funções executiva, legislativa e judiciária.

Montesquieu também coloca em posições distintas a esfera pública e a esfera privada. Porém, a maneira como a esfera privada poderia ser adequadamente protegida não fica clara em sua obra. Para ele, a liberdade consistia em fazer tudo o que as leis permitiam. Ou seja, a esfera da liberdade individual estava compreendida no arcabouço legislativo. Porém, o que poderia ser feito se as próprias leis se tornassem tirânicas ou comprometessem o

⁵⁶ " Para prevenir este abuso, é necessário, a partir da própria natureza das coisas, que o poder seja um freio para o poder " (MONTESQUIEU. *The spirit of the laws*. New York : Hafner Press, 1949. p. 150).

⁵⁷ Conferir MANENT, *Histoire intellectuelle...*, op. cit., p. 119-142.

⁵⁸ "A liberdade política do sujeito é a tranquilidade da mente, proveniente da opinião que cada pessoa tem sobre sua segurança. Para ter esta liberdade, é requisito que o governo seja constituído de modo tal que um homem não necessite temer ao outro" (MONTESQUIEU, *The spirit...*, op.cit., p. 151).

exercício da liberdade? Em última análise, existe uma clara propensão na sua obra a colocar os governados em posição de subordinação em relação aos governantes. Contudo, sua teoria vai constituir um importante ponto de apoio na formulação do pensamento democrático moderno, à medida em que explicita a noção de que o exercício do poder deve ser controlado e de que deve haver equilíbrio entre as funções de governo.

2.2.2 Rousseau e a Idéia de Democracia Direta

A democracia moderna é uma democracia representativa, ou indireta. Diferentemente do pensamento democrático clássico, fundado na idéia de participação e envolvimento direto dos cidadãos na gestão da *res publica* (a qual colocava entre os seus requisitos uma pequena extensão territorial e também uma população limitada), a reelaboração da idéia de democracia toma já como estabelecidos o moderno conceito de Estado-nação, caracterizado por uma ampla extensão territorial e também por uma população inúmeras vezes superior àquelas existentes nas cidades gregas (e também assume estas características como necessárias à democracia). Porém, é impossível falar em democracia sem mencionar a contribuição de Rousseau ao pensamento político. Ainda que no contexto deste trabalho não se pretenda analisar as modernas teorias acerca da democracia participativa e/ou democracia direta ⁶⁰, este autor é fundamental no contexto histórico que antecede a consolidação do pensamento democrático na modernidade. Da mesma forma, suas idéias servem de importante contraponto à idéia de pluralismo e ao reconhecimento da impossibilidade da existência de uma única noção de bem comum, elementos centrais do liberalismo. Se a democracia moderna é fruto de duas tradições distintas - a tradição liberal, centrada na idéia de pluralismo, e a tradição democrática, centrada na idéia de auto-governo - o pensamento rousseauiano é central dentro desta tradição democrática.

⁵⁹ "Deveria haver um fim para tudo, sejam os mesmos homens ou o mesmo corpo, sejam os nobres ou a plebe, a exercitarem estes três poderes, o de fazer leis, o de executar as resoluções públicas, e o de julgar as causas dos indivíduos" (*Id. ibid.*, p. 153).

⁶⁰ Acerca das possibilidades de, na atualidade, ser viável a democracia direta, conferir a obra de Paul Hirst, Ian Budge e outros.

Jean-Jacques Rousseau (1712-78) nasceu em Genebra, e nunca deixou de ter sua cidade-natal como exemplo de comunidade política, diferentemente da sociedade industrial que então se anunciava. Sua principal obra - *O Contrato Social* - foi publicada em 1762 e contém os principais tópicos de sua filosofia política.

Rousseau parte do princípio de que a participação política é condição essencial à liberdade. Os homens não poderão ser livres se não forem responsáveis pela gestão da comunidade política na qual estão inseridos. Esta idéia conduz à idéia de autogoverno ou democracia direta. A liberdade é caracterizada pela participação política ⁶¹, pela atuação na esfera pública e pela subordinação dos interesses individuais ao interesse comum. O direito à propriedade é entendido como direito fundamental da condição humana e é também um dos elementos de definição do povo, entendido como conjunto de cidadãos: cidadão é o homem adulto e titular de um direito de propriedade. Porém, seu entendimento é de que apenas o direito à pequena propriedade, do homem que nela produz, é sagrado. A ausência de limites ao direito de propriedade consistiria em causa de constante exploração e dominação ("It is certain that the right of property is the most sacred of all the rights of citizenship..., because property is the true foundation of civil society"). ⁶²

Rousseau referia-se ao seu modelo político preferido como "republicano"⁶³, atribuindo ao termo democracia um significado negativo, na medida em que ele o associava à experiência política vivida por Atenas, na qual a inexistência de divisão entre o executivo e o legislativo favorecia a instabilidade. No início do Capítulo IX, de *O Contrato Social*, Rousseau se indaga: "What absolutely is the best government?" ⁶⁴. E responde que esta pergunta não tem

⁶¹ Assim Rousseau se expressa, no Discurso sobre Economia Política: "There can be no patriotism without liberty, no liberty without virtue, no virtue without citizens; create citizens, and you have everything you need; without them, you will have nothing but debased slaves, from the rulers of the State downwards". "Não pode haver patriotismo sem liberdade, nem liberdade sem virtude, nem virtude sem cidadãos; crie cidadãos e vocês terão tudo que vocês precisam; sem eles, vocês não terão nada além de escravos sem valor, dos dirigentes do Estado para baixo." (ROUSSEAU, Jean-Jacques. **The social contract and discourses**. London : J.M. Dent, 1973. p. 135).

⁶² "É certo que o direito de propriedade é o mais sagrado dos direitos de cidadania (...), porque a propriedade é a verdadeira fundação da sociedade civil" (*Id. ibid.*, p. 138).

⁶³ "I therefore give the name 'Republic' to every State that is governed by laws, no matter what the form of its administration may be: for only in such a case does the public interest govern, and the *res publica* rank as *reality*. Every legitimate government is republican; what government is I will explain later on" (*Id. ibid.*, p. 193).

⁶⁴ "Qual é, em absoluto, o melhor governo?" (*Id. ibid.*, p. 231).

uma resposta certa e única. Mais abaixo, o autor coloca a questão: "What is the end of political association?"⁶⁵. E responde: "The preservation and prosperity of its members".⁶⁶ Assim, é possível concluir que o melhor governo é aquele que melhor conduz e possibilita a preservação e prosperidade de seus membros.

Em realidade, a questão fundamental colocada por Rousseau, que ele tenta responder ao longo de sua obra, é a seguinte: "The problem is to find a form of association which will defend and protect with the whole common force the person and goods of each associate, and in which each, while uniting himself with all, may still obey himself alone, and remain as free as before"⁶⁷. A resposta já está parcialmente indicada na colocação do problema, ou seja: a comunidade deve defender, com todas as suas forças, a pessoa e os bens de cada membro e este, ao mesmo tempo, deve continuar tão livre quanto era antes.

No sentido de assegurar esta liberdade, é imprescindível que o indivíduo seja responsável pela condução dos negócios públicos diretamente, implicando na noção de cidadania ativa, participante. Governantes e governados devem se identificar. Isto o leva a afirmar o princípio de que a soberania é inalienável e indivisível. A única maneira de o indivíduo continuar livre é retendo na sua pessoa a soberania, afirmação que se tornou célebre:

Sovereignty, for the same reason as makes it inalienable, cannot be represented; it lies essentially in the general will, and will does not admit of representation: it is either the same, or other, there is no intermediate possibility. The deputies of the people, therefore, are not and cannot be its representatives: they are merely its stewards, and can carry through no definitive acts. Every law the people has not ratified in person is null and void-is, in fact, not a law. The people in England regards themselves as free; but it is grossly mistaken; it is free only during the election of members of parliament.⁶⁸

⁶⁵ "Qual é a finalidade da associação política?" (*Id. ibid.*, p. 231).

⁶⁶ "A preservação e a prosperidade de seus membros" (*Id. ibid.*, p. 231).

⁶⁷ "O problema é encontrar uma forma de associação a qual irá defender e proteger, com toda a força comum, a pessoa e os bens de cada associado, e na qual cada um, embora unindo a si mesmo a todos, pode ainda obedecer a si próprio sozinho, e permanecer tão livre como antes" (*Id. ibid.*, p. 174).

⁶⁸ "Soberania, pela mesma razão que é feita inalienável, não pode ser representada, ela repousa essencialmente na vontade geral e a vontade não admite representação: ou é a mesma pessoa, ou é outra vontade, não existe possibilidade intermediária. Os deputados do povo, assim, não são e não podem ser seus representantes: eles são somente seus administradores e não podem levar a cabo atos definitivos. Cada lei do povo que não tenha sido ratificada em pessoa é nula e sem sentido: de fato, não é uma lei. O povo na Inglaterra olha a si mesmo como livre, mas este é um erro grosseiro; eles são livres somente durante a eleição dos membros do parlamento" (*Id. ibid.*, p. 240).

Desta forma, ele afirma sua noção de que a soberania reside nas mãos do povo e cabe somente a este o direito de fazer as leis às quais deverá se submeter. Paralelamente, ele defende a idéia de que deve haver separação entre os poderes, não podendo o poder de fazer as leis residir na mesma pessoa de quem as deve executar. As funções legislativas e executivas devem estar claramente demarcadas: "The body politic has the same motive powers; here too force and will are distinguished, will under the name of *legislative power* and force under that of *executive power*"⁶⁹. O poder legislativo, conforme já foi dito, reside nas mãos do povo, reunido em assembléia. Quanto à função executiva, ele coloca: "I call then *government*, or supreme administration, the legitimate exercise of the executive power, and *prince* or *magistrate* the man of the body entrusted with that administration"⁷⁰.

Rousseau afirma, com suas posições, o lema republicano que une participação com liberdade. Seu modelo de comunidade não contempla a possibilidade de um estado industrial, complexo e densamente populoso, destinado mais a ser uma democracia em "pequena escala". Ao mesmo tempo, seu conceito de cidadão é claramente restritivo, uma vez que dele estão excluídos os pobres e as mulheres. Os "pobres" são excluídos porque o cidadão necessita de um direito mínimo de propriedade que impeça a sua submissão econômica a outros. Já as mulheres são excluídas por serem consideradas incapazes de um juízo racional e desapaixonado, requerendo sempre a orientação masculina. Embora o modelo político rousseauiano não seja compatível com a idéia de democracia firmada a partir do liberalismo, este veio a influenciar em alguma medida o pensamento marxista e também a embasar modernas teorias acerca de democracia direta ou participativa.

⁶⁹ "O corpo político tem os mesmos poderes; aqui também força e vontade devem ser distinguidos, a vontade sob o nome de poder legislativo e o poder sob o nome de poder executivo" (*Id. ibid.*, p. 208).

2.2.3 Utilitarismo

Na base do pensamento liberal clássico e da moderna concepção de democracia, a corrente de pensamento denominada utilitarismo ocupa posição central. Partindo da idéia nuclear de que em um mundo moralmente diferenciado não pode haver nenhuma preocupação no sentido da formulação de um conceito substantivo de bem comum, o pensamento liberal concentra sua atenção naquilo que pode ser chamado de uma visão instrumental ou procedimental: importa formular quais são os mecanismos hábeis que permitam a cada diferente voz manifestar-se e tomar parte nas decisões coletivas, sem que isto implique num julgamento moral relativo a cada uma destas posições conflitantes. Neste universo, o pensamento utilitarista tenta formular quais são os princípios que devem reger a sociedade política e permitir o processo de decisão. Também existia uma preocupação central no sentido de estabelecer os limites dentro dos quais o poder político deveria ser exercido, implicando em uma relação de responsabilidade dos governantes perante os governados.

Em um primeiro momento, o pensamento liberal-utilitarista encontra sua formulação nas obras de Jeremy Bentham (1748-1832) e James Mill (1773-1836). A tese central é de que os seres humanos agem no sentido de maximizar o prazer e diminuir ao máximo o sofrimento. Segundo HELD, o argumento utilitarista pode ser condensado da seguinte forma:

(...) the overriding motivation of human beings is to fulfil their desires, maximize their satisfaction, or utility and minimize their suffering, society consists of individuals seeking as much utility as they can get from whatever it is they want; individual's interests always conflict with one another for 'a grand governing law of human nature' is, as Hobbes thought, to subordinate 'the persons and properties of human beings to our pleasures'.⁷¹

⁷⁰ "Eu os chamo, assim, governo, ou administração suprema, o legítimo exercício do poder executivo, e *príncipe* ou magistrado o homem cujo corpo é investido com esta administração" (*Id. ibid.*, p. 209).

⁷¹ "A mais importante motivação dos seres humanos é a realização dos seus desejos, maximizar sua satisfação ou utilidade e minimizar seu sofrimento; a sociedade consiste em indivíduos buscando tanta utilidade quanto eles puderem obter a partir daquilo que eles queiram; os interesses dos indivíduos sempre conflitam entre si por uma dada lei da natureza e, como Hobbes pensava, para subordinar as pessoas e as propriedades dos seres humanos aos seus prazeres" (HELD, *Models of...*, *op. cit.*, p. 94-95).

Devido ao fato de que também os governantes agem desta maneira, é necessário uma forma de exercício do poder político que os subordine aos governados, estabelecendo um mecanismo de controle. Desta forma, a democracia liberal é entendida como um mecanismo que estabelece a responsabilidade dos governantes perante os governados. Nesta perspectiva, são estabelecidas as principais características da democracia liberal, capazes de propiciar o controle do exercício do poder: governo representativo, voto secreto, separação de poderes, competição entre interesses políticos conflitantes, liberdade de pensamento, expressão, imprensa e associação. Ao mesmo tempo, resta como pressuposto que os indivíduos devem perseguir seus próprios interesses e ter a possibilidade de participar livremente na economia de mercado, sem a interferência do governo. Estes dois autores assumem sem reservas o modelo de sociedade capitalista que então se esboçava. Deve ser ressaltado que, até este momento, não havia realmente um comprometimento com um ideal democrático mais determinado. Na democracia-liberal, predominava o elemento liberal, e não o elemento democrático. Estes dois autores são vagos e até mesmo contraditórios, por vezes, ao enunciar os limites do direito de voto e da categoria compreendida como cidadania.

Bentham assume que a natureza humana deve ser avaliada através das concretas ações que podem ser observadas na maneira pela qual os homens se conduzem em sociedade. Dado o pressuposto de que o homem age para maximizar o prazer e minimizar a dor, o bem e o mal podem ser definidos nestes termos, isto é, é bom o que conduz à maximização do prazer e ruim o que causa dor ou infelicidade. Entretanto, em sua obra não existe a preocupação de definir exatamente o que seja a felicidade ou o prazer. Qualquer que seja o bem perseguido pelos indivíduos, ele o é na medida em que se espera a obtenção do prazer. Ou seja, a utilidade de cada conduta ou objeto é definida pelo próprio indivíduo, através da ação concreta.

Nesta concepção, não existe espaço para a avaliação moral, no sentido de definir-se uma noção unitária de bem comum ou interesse coletivo. Não existe espaço para crenças morais ou comprometimento com valores que não sejam aqueles interesses dos indivíduos em maximizar a própria felicidade. Desta forma, na esfera pública, a felicidade ou o interesse coletivo passam a ser

definidos através da maior felicidade para o maior número de pessoas. Nas suas palavras:

It is vain to talk of the interest of the community without understanding what is the interest of the individual.

....A measure of government (which is but a particular kind of action performed by a particular person or persons) may be said to be comfortable to or directed by the principle of utility when in like manner the tendency which it has to augment the happiness of the community is greater than any which it has to diminish it.⁷²

Desta forma, o princípio da utilidade é uma decisão procedimentalmente neutra, na medida em que isola qualquer componente moral e toma em consideração apenas a capacidade de tal ou qual ação ou objeto ser capaz de maximizar a felicidade dos indivíduos em comunidade, entendida esta como decorrência das escolhas individuais. Dilemas morais na esfera pública, concernentes às diversas escolhas possíveis, são redutíveis a um processo de tomada de decisão que habilite um cálculo racional sobre a felicidade geral. Nesta tomada de decisão, os interesses dos indivíduos têm igual peso, posto que os mesmos são considerados iguais, ou seja, cada indivíduo conta por um e não mais do que por um. Assim, o princípio da utilidade fornece uma maneira de resolver a questão da tomada de decisões na esfera pública, evitando qualquer tipo de absolutismo moral.

Tanto em Bentham quanto em James Mill, os interesses primeiros de qualquer comunidade giravam em torno dos seguintes objetivos: manter a segurança, prover subsistência, produzir abundância e favorecer a equidade. Na realidade, o objetivo concernente à segurança seria o mais importante, tendo em vista que, se os direitos à vida e à propriedade não estiverem adequadamente assegurados, tudo o mais resta inviável. Estes autores promovem o adequado arcabouço de uma concepção liberal de democracia, a qual seja capaz de permitir que cada indivíduo tenha condições de perseguir adequadamente os fins por ele determinados, de participar livremente em todas as espécies de transação econômica, realizando trocas livres de bens e serviços no mercado, ao mesmo

⁷² "É vazio falar em interesse da comunidade sem o entendimento do que seja o interesse do indivíduo. ...Uma medida do governo (o que é somente uma forma particular de ação realizada por uma pessoa ou pessoas particulares) pode ser dita confortável ou dirigida pelo princípio da utilidade quando de qualquer maneira contiver a tendência de aumentar a felicidade da comunidade ao invés de em alguma maneira diminuí-la" (BENTHAM, Jeremy. **An introduction to the principles of morals and legislation**. Oxford : Blackwell, 1967. p. 125).

tempo que possa se apropriar privadamente dos recursos econômicos; tudo isto realizado com a menor intervenção possível por parte do poder público. Entretanto, esta mínima intervenção admite exceção. A cada vez que a sociedade, deixada livremente, não puder satisfazer os objetivos de maximização da maior felicidade para o maior número de pessoas, é justificada a intervenção estatal no sentido de reordenar a sociedade.

Porém, conforme já foi mencionado acima, estes dois autores podem ser considerados como “democratas relutantes”⁷³, no tocante à extensão do direito de voto. Não se colocava, ainda, a perspectiva do direito universal ao voto, excluindo-se da categoria de cidadãos as mulheres e também a classe dos trabalhadores, destituídos de qualquer espécie de direito de propriedade.⁷⁴ Ambos partem da constatação de que os seres humanos são indivíduos egoístas e preocupados apenas com a maximização do próprio prazer. Não existe uma preocupação maior com a possibilidade de desenvolvimento dos indivíduos e, assim, sua teoria política resta circunscrita a este universo, e sua concepção de democracia não é mais do que o adequado procedimento necessário à realização da felicidade para o maior número de pessoas. A separação da esfera pública e da esfera privada vai assumindo importância cada vez maior. A esfera pública é o espaço onde os homens - homens, *strictu sensu* - se encontram enquanto cidadãos, objetivando o interesse coletivo. A esfera privada é o espaço onde o indivíduo exercita sua individualidade, enquanto sujeito de relacionamentos diferenciados da órbita política. A vida política é mantida em separado do espaço onde se ordenam as relações sociais, familiares, econômicas e culturais.

No entanto, a possibilidade de o homem desenvolver suas potencialidades e alcançar uma harmonia maior é um dos pontos centrais da obra de John Stuart Mill (1806-1873)⁷⁵. Este autor é um claro adepto do ideal democrático, com a extensão da liberdade a todas as esferas da vida de cada indivíduo. A democracia, enquanto processo político, não é importante apenas para a

⁷³ HELD, *Political theory...*, *op. cit.*, p. 25.

⁷⁴ Na realidade, estes dois autores fazem extensas considerações quanto ao que seria adequado em termos de extensão do direito de voto. Tais digressões encontram-se fora do limite deste trabalho. Porém, a título ilustrativo, podem ser mencionadas considerações acerca de qual seria a riqueza mínima a ser considerada para fins de participação política, considerações acerca da exclusão das mulheres, estabelecimento da idade de 40 anos como mínima para a participação política, entre outras.

⁷⁵ A partir deste momento, qualquer referência a Mill será relativa a John Stuart Mill.

delimitação da vida política, restrita à esfera pública, mas também é importante como mecanismo de autodesenvolvimento de todos os cidadãos. Em Mill, a democracia deixa de ser vista apenas como meio de o povo controlar o governo e passa a ter nitidamente um caráter moral. O envolvimento nas coisas públicas, a participação política, através do voto e do exercício de funções públicas, são por ele considerados como essenciais ao desenvolvimento enquanto cidadão e este se atrela ao desenvolvimento moral de cada indivíduo.

Mill preocupava-se fundamentalmente com a extensão do ideal de liberdade a todas as esferas da vida de cada indivíduo, justificando a violação deste direito apenas no interesse da autopreservação. Sua obra, *On Liberty* (1859), é uma tentativa de elaborar em que limites o poder político pode ser exercido sobre os indivíduos na vida em sociedade. Este objetivo é por ele consubstanciado na seguinte colocação, no livro *On Liberty*:

The object of this Essay is to assert one very simple principle, as entitled to govern absolutely the dealings of society with the individual in the way of compulsion and control, whether the means used be physical force in the form of legal penalties, or the moral coercion of public opinion. That principle is, that the sole end for which mankind are warranted, individually or collectively, in interfering with the liberty of action of any of their numbers, is self-protection. That the only purpose for which power can be rightfully exercised over any member of a civilised community, against his will, is to prevent harm to others. His own good, either physical or moral, is not a sufficient warrant.⁷⁶

O indivíduo, considerado na sua própria pessoa, é soberano, não podendo a ele ser imposta uma vontade externa. A única justificativa para esta imposição encontra-se na preservação de outro indivíduo e em evitar que este possa ter seus direitos violados. O indivíduo só pode ser considerado livre se a ele for deixada a oportunidade de perseguir seus próprios fins, pelos caminhos que ele mesmo escolher ("The only freedom which deserves the name, is that of pursuing

⁷⁶ "O objetivo deste ensaio é o de assegurar um único princípio como autorizado a governar os tratos da sociedade com os indivíduos no sentido da compulsão e do controle, seja significando o uso da força física na forma de penalidades legais, ou a coerção moral no domínio da opinião pública. Este princípio é que o único fim ao qual a humanidade está autorizada, individualmente ou coletivamente, em interferir com a liberdade de ação de qualquer um de seus membros, é a autoproteção. O único propósito para o qual o poder pode ser corretamente exercitado sobre qualquer membro de uma sociedade civilizada, contra sua vontade, é de prevenir a agressão de outros. Seu próprio bem, seja moral ou físico, não é autorização suficiente" (MILL, John Stuart. **Utilitarianism, on liberty, representative government**. London : J.M. Dent & Sons, 1972. p. 72-73).

our own good in our own way, so long as we do not attempt to deprive others of theirs, or impede their efforts to obtain it").⁷⁷

A liberdade, neste autor, implica em domínio de consciência (liberdade de pensamento e sentimento, liberdade de opinião e sentimento em todos os aspectos, liberdade de expressão e imprensa); liberdade de gostos e fins e a liberdade que deve ser experimentada por indivíduos em conjunto (liberdade de associação).⁷⁸

Este autor acreditava que somente um governo efetivamente democrático poderia ser capaz de conter os riscos de um Estado cada vez maior em tamanho e intervencionista. Algumas questões, neste particular, são fundamentais: até onde é possível pensar-se em democracia (ou, em outras palavras, qual é a extensão do mecanismo democrático na política?); como se podem conciliar os requisitos de participação popular numa democracia com as exigências cada vez maiores de uma sociedade de massas e, por fim, quais são os limites legítimos à extensão do poder do Estado?⁷⁹

Em primeiro lugar, somente um sistema de governo representativo poderia oferecer resposta às necessidades colocadas por sociedades cada vez maiores e mais complexas (afastava, assim, qualquer consideração acerca da possibilidade de democracia direta). A participação popular, nestas circunstâncias, é cada vez mais restrita ao exercício do direito ao voto.

Ainda que partidário do sufrágio universal ("These twofold requisites are not fulfilled by the expedient of a limitation of the suffrage, involving the compulsory exclusion of any portion of the citizens from a voice in representation"⁸⁰), este autor recomendava um complexo sistema de voto, capaz de impedir que a grande maioria do povo, inculta, fosse capaz de impor suas decisões. Neste sentido, colocava algumas restrições: "I regard it as wholly inadmissible that any person should participate in the suffrage without being able

⁷⁷"A única liberdade que merece este nome é a de perseguir seu próprio bem à sua própria maneira, desde que isto não objetive privar os outros do bem destes, ou impedir seus esforços no sentido de obter isto" (*Id. ibid.*, p. 75).

⁷⁸A este respeito, conferir MILL, **Utilitarianism**, *on...*, *op. cit.*, p. 75 e seguintes.

⁷⁹Conferir HELD, **Models of...**, *op. cit.* p. 106 e seguintes.

⁸⁰"Estes requisitos interligados não são preenchidos pelo expediente de limitar o sufrágio, envolvendo compulsória exclusão de qualquer porção dos cidadãos de uma voz de representação." (MILL, **Utilitarianism**, *on...*, *op. cit.*, p. 277).

to read, write, and, I will add, perform the common operations of arithmetic”⁸¹. Isto o levou à conclusão de que todos os adultos devem dispor do direito ao voto, mas os mais capazes devem ter peso maior na tomada das decisões coletivas. Diferentemente de seus predecessores, ele acreditava no direito de voto das mulheres, assim se expressando: “In the preceding argument for universal, but graduated suffrage, I have taken no account of difference of sex. I consider it to be as entirely irrelevant to political rights as difference in height or in the colour of the hair”.⁸²

Da mesma maneira, Mill acreditava na necessidade de o governo ser exercitado por pessoas aptas ao exercício de tais funções, diferenciando entre o controle e o exercício das funções de governo. O parlamento deve apontar os indivíduos que vão exercer as funções executivas, providenciando um fórum central da articulação das demandas sociais, através da livre expressão e participação.⁸³

2.2.4 A Democracia Liberal

Desde a antigüidade clássica, até o século dezessete, a democracia era entendida como o direito dos indivíduos participarem diretamente da administração da *res publica*, reunindo-se para deliberar em assembleias. Quase

⁸¹“Eu tomo como completamente inadmissível que qualquer pessoa deva participar no sufrágio sem ser apta a ler, escrever e, eu irei acrescentar, realizar as operações básicas de aritmética” (*Id. ibid.*, p. 280).

⁸²“No precedente argumento sobre universal, mas gradual sufrágio, não levei em consideração a diferença de sexos. Eu considero tão completamente irrelevante para os direitos políticos quanto a diferença de peso ou cor dos cabelos” (*Id. ibid.*, p. 290).

⁸³Acerca do exercício destas funções o autor coloca (*Id. ibid.*, p. 241): “There are no means of combining these benefits except by separating the functions which guarantee the one from those which essentially require the other; by disjoining the office of control and criticism from the actual conduct of affairs, and devolving the former on the representatives of the Many, while securing for the latter, under strict responsibility to the nation, the acquired knowledge and practised intelligence of a specially trained and experienced Few”. “Por nenhum meio é possível combinar estes benefícios, exceto através da separação de funções que possam garantir para um o que os outros requerem de si, através da adjudicação do controle e crítica da real condução dos negócios, sob estrita responsabilidade da nação, com o conhecimento adquirido e a inteligência práticas de poucos experientes.”

2000 (dois mil) anos depois do desaparecimento da democracia nas cidades gregas, a democracia liberal marca o surgimento de uma figura completamente nova no pensamento político. O advento do liberalismo e a concepção de democracia liberal vai implicar em uma adesão quase que irrestrita ao chamado governo representativo. A democracia passa a ser vista não mais como envolvimento direto na vida política mas como participação através do direito de voto, determinando a escolha de representantes que serão, estes sim, responsáveis diretos pela administração da vida política. Porém, ainda que isto seja visível nas modernas democracias, é necessário ressaltar que praticamente todas elas convivem com instrumentos de democracia direta, na forma de um sistema misto, ressaltando-se os institutos do referendo e do plebiscito.

A democracia liberal não surge apenas como a união de duas tradições distintas de pensamento, o liberalismo e a democracia. Ao contrário, a conjugação destas duas tradições de pensamento vai representar algo completamente novo dentro do pensamento político. Esta articulação se consolida principalmente a partir do século XIX, marcando o advento de uma nova era, particularmente no Ocidente. Na formulação do conceito, o elemento liberal é significado pela noção de liberdade, a qual vai implicar na adesão quase que irrestrita à idéia de pluralismo, gerando o reconhecimento da impossibilidade de se estabelecer uma única noção de bem comum. É, também, a adesão à idéia da prevalência do direito sobre o bem (*the right over the good*), ou seja, se não é possível a definição precisa de uma noção de bem comum que possa ser imposta a todos os indivíduos, o Estado deve manter-se neutro em relação às diferentes concepções e o direito, responsável pelo reconhecimento e proteção dos direitos dos indivíduos, deve prevalecer. Os direitos individuais não podem ser sacrificados em nome do bem-estar geral, uma vez que este mesmo bem-estar não pode ser precisamente definido. Nesta ótica, o deontológico prevalece sobre o teleológico. Outrossim, o elemento democrático é significado pela idéia de autogoverno, ou governo pelo povo, ainda que, na tradição moderna, este se realize através de representantes. Pode-se dizer que a democracia liberal surge como resposta aos problemas colocados por uma sociedade que se diferencia da sociedade pré-moderna em suas características fundamentais: a separação entre a Igreja e o Estado, levando à total preponderância do poder secular sobre o poder eclesiástico, e também uma separação cada vez mais definida entre o

público e o privado. Através desta última divisão - público e privado - é possível retirar da esfera pública o caráter conflitivo, característico das relações sociais e relegá-lo à esfera privada. Nesta ótica, a esfera pública, terreno onde a idéia democrática vai se realizar, permanece neutra (no sentido de não se deparar com diferentes concepções morais), com os conflitos circunscritos ao âmbito privado, esfera da moralidade. O reconhecimento liberal do pluralismo, não como valor, mas como fato, circunscreve o mesmo à esfera privada. Na esfera pública prevalece o direito, elemento neutro de intermediação das relações sociais, fruto de um Estado que também se pretende neutro em relação às diferentes visões de mundo identificadas no reino privado. E é nesta esfera pública que o pensamento democrático se consolida enquanto representação de idéias e interesses, consolidando-se na idéia de votar e ser votado. Democracia, na ótica moderna, deixa de ser vista como uma forma de existência coletiva, consoante era entendida no pensamento clássico ou dentro da concepção rousseauiana. Passa a significar não um modo de vida, fundado na idéia de participação política e liberdade positiva, mas tão somente uma forma de governo. A democracia é uma forma de constituir e controlar o governo, ao mesmo tempo.

A democracia liberal é a democracia construída dentro dos princípios políticos fundamentais ao liberalismo. É justamente o elemento liberal, presente no conceito de democracia moderna, que a diferencia de outras formas de democracia. Também as sociedades populistas podem ser democráticas, em outros moldes que não os vigentes nas sociedades onde o pluralismo é um valor reconhecido e também a participação popular tem um apelo concreto. Segundo Bhikhu Parekh, a democracia moderna:

It is democracy conceptualized and structured within the limits of liberalism. Broadly speaking, liberalism constitutes its theory of the state and democracy its theory of government. Liberalism determines the nature of the state (formal, abstract), its structure (separate from the autonomous civil society, a clear separation between public and private), its rationale (protection of the basic rights of its citizens) and its basic units (individuals rather than groups or communities). Democracy specifies who constitutes the legitimate government and wields the authority inherent in the state (the elected representatives), how they acquire authority (free elections, choice between parties) and how they are to exercise it (in broad harmony with public opinion).⁸⁴

⁸⁴ "É democracia conceitualizada e estruturada dentro dos limites do liberalismo. Genericamente falando, o liberalismo constitui uma teoria do estado e a democracia uma teoria do governo. O liberalismo determina a natureza do estado (abstrato, formal), sua estrutura (separado de uma sociedade civil autônoma, uma clara separação entre o público e o privado), sua razão

Conforme já foi exposto no item anterior, a democracia liberal coloca o indivíduo como sendo seu ponto de partida, e pensa toda a vida social tomando o mesmo como referência e explicando a coletividade a partir deste. O indivíduo é anterior à sociedade e pode ser explicado independentemente desta. Esta constatação vai marcar profundamente o pensamento liberal, no tocante ao seu conteúdo epistemológico, moral, político, cultural, econômico e legal.

Os indivíduos são concebidos como seres capazes de produzir escolhas racionais e de se conduzir orientados a determinados fins. Esta escolha dos meios e dos fins deve ser deixada a cada um, e nenhum conteúdo ou juízo moral é concebido como preponderante. Sendo o indivíduo um sujeito livre para escolher, ele é separado das coisas que podem ser alvo da sua escolha.

Outro traço distintivo do pensamento liberal reside na necessidade de fundar um conceito de sujeito que seja também um sujeito de direitos. Para o próprio desenvolvimento da economia de mercado e sua extensão a toda a sociedade, ampliando tanto a oferta quanto a procura, era necessário estender ao maior número possível de pessoas a titularidade de direitos. O indivíduo passa a ser visto como titular de direitos e concebido como potencialmente capaz de alienar sua força de trabalho, sem que isto implique em alienar-se a si mesmo durante o período de alienação do trabalho.

Uma vez que o processo democrático foi sendo consolidado, com o voto tornando-se universal, era também necessária uma forma capaz de garantir que as massas não pudessem voltar-se contra os princípios que orientavam a sociedade capitalista. Esta forma encontra sua melhor expressão no governo representativo. O governo é escolhido pelo povo, mas, uma vez realizada esta escolha, aquele permanece livre para conduzir os negócios públicos. Qualquer tentativa da imposição do chamado mandato imperativo - o qual garante uma subordinação quase direta dos eleitos em relação aos eleitores - foi sempre rejeitada. Da mesma forma, com a consolidação do processo constitucionista, foram elencados princípios políticos e direitos individuais que se tornaram

(proteção dos direitos básicos dos cidadãos) e sua básica unidade (indivíduos ao invés de grupos ou comunidades). A democracia especifica quem constitui o governo legítimo e detém a autoridade inerente ao estado (os representantes eleitos), como eles adquirem autoridade (eleições livres, escolha entre partidos) e como eles exercitam isto (em harmonia geral com a opinião pública)" (PAREKH, *The cultural...*, *op. cit.*, p. 165).

“invioláveis”, uma vez inseridos nas constituições, encontrando-se muitas vezes fora das possibilidades de transformação via mecanismos legais.

As características básicas da tradição democrática dentro deste conceito foram sumarizadas por Norberto Bobbio no artigo *Are there alternatives to representative democracy?*⁸⁵ e podem ser enumeradas, resumidamente, da seguinte forma: todos os cidadãos que tenham atingido a idade legal para o voto, independentemente de qualquer distinção de raça, credo, cor ou outras quaisquer, devem ser aptos a exercer seus direitos políticos através do voto e elegendo representantes; todos os votos têm o mesmo peso; os cidadãos, gozando de direitos políticos, devem ser livres para expressar suas opiniões, constituídas da forma mais livre possível, dentro de um contexto de competição entre diferentes grupos organizados; ser livre implica em que haja diferentes alternativas - ou seja - que possa haver escolhas diferentes-; o princípio majoritário é a regra, independentemente da forma que este possa assumir (qualificado, simples, proporcional); as decisões tomadas pela maioria não devem se dirigir no sentido de oprimir minorias. Estas características, na sua grande maioria, podem ser encontradas em quase todas as democracias ocidentais, em maior ou menor escala.

A democracia liberal vem sendo entendida - e confundida - desde o seu advento, como democracia para ou em uma sociedade capitalista, ordenada segundo os princípios da economia de mercado. Este é um dos sentidos que a democracia liberal pode compreender e, efetivamente, é neste sentido que o termo vindo sendo tomado. Porém, seguindo o liberalismo ético do final do século dezenove, esta também pode ser entendida como modelo político adequado a uma sociedade que tenta assegurar que todos os seus membros sejam livres e iguais para desenvolver suas habilidades. Segundo Macpherson: “Unfortunately, liberal democracy can mean either. For ‘liberal’ can mean freedom of the stronger to do down the weaker by following market rules; or it can mean equal effective freedom of all to use and develop their capacities. The latter freedom is inconsistent with the former”⁸⁶. Efetivamente, a consolidação da

⁸⁵ BOBBIO, Norberto. *Are there alternatives to representative democracy?* **Telos**, p. 35, citado por HELD, **Political theory**..., *op. cit.*, p. 28.

⁸⁶ “Infelizmente, democracia liberal pode significar ambos. Por ‘liberal’ se entende liberdade do mais forte para enfraquecer o mais fraco, seguindo regras do mercado; ou isto pode significar

democracia liberal efetivou-se na tentativa de combinar estes dois sentidos e, notadamente a partir do século vinte, a idéia de que a democracia liberal é democracia capitalista passou a prevalecer. Liberal passou a ser entendido como capitalista. Ainda no dizer deste autor:

Here I am suggesting that a liberal position need not be taken to depend forever on an acceptance of capitalist assumptions, although historically it has been so taken. The fact that liberal values grew up in capitalist market societies is not in itself a reason why the central ethical principle of liberalism - the freedom of the individual to realize his or her human capacities - need always be confined to such societies.⁸⁷

Entretanto, isto não significa que a experiência concreta da democracia liberal tenha que continuar restrita a sociedades que são capitalistas. Ao contrário, um exame mais detalhado dos limites e possibilidades da democracia liberal (análise que será realizada no terceiro e quarto capítulos deste trabalho, enfocando diferentes teorias que tomam a democracia liberal como referência) pode sugerir novos rumos para o desenvolvimento do pensamento liberal democrático, no sentido de reafirmar seus valores clássicos - liberdade e igualdade - e esboçar novos pressupostos para a sua experimentação em concreto.

2.3 OS PRINCÍPIOS POLÍTICOS DA DEMOCRACIA LIBERAL: LIBERDADE E IGUALDADE

O pensamento liberal funda e constitui a moderna concepção de democracia. Esta concepção encontra seus princípios fundamentais consubstanciados nos princípios da liberdade e igualdade. O objetivo deste tópico é analisar, ainda que de forma breve, de que maneira o liberalismo constrói estes

efetiva e igual liberdade para todos usarem e desenvolverem suas capacidades" (MACPHERSON, C.B. **The life and times of liberal democracy**. Oxford : Oxford University Press, 1977. p. 1).

⁸⁷ "Aqui eu estou sugerindo que a posição liberal não necessita ser tomada para sempre na dependência de pressupostos capitalistas, embora historicamente isto tenha sido feito. O fato de que valores liberais se desenvolveram em sociedades capitalistas de mercado não é por si mesmo razão para que a ética central do liberalismo - a liberdade do indivíduo para realizar suas capacidades - deva sempre ficar confinada a estas sociedades" (*Id. ibid.*, p. 2).

princípios e de que maneira os mesmos se situam dentro da moderna perspectiva democrática. Desta forma, o que se procura identificar é a noção de liberdade constitutiva do liberalismo, bem como explicitar de que maneira esta corrente de pensamento visualiza o que vem a ser igualdade. A maneira como estes princípios se articulam é fundamental na definição do modelo de sociedade que se quer realizar e, da mesma forma, uma nova forma de articulação é necessária, visando a redimensionar as possibilidades da democracia liberal para o futuro.

2.3.1 Liberdade

Inúmeras poderiam ser as formas de se analisar o sentido do termo “liberdade”, dependendo do objetivo que se pretenda atingir e do âmbito teórico que serve de fundo à análise a ser realizada. Enquanto teoria política, o liberalismo se funda na assunção dos princípios políticos da liberdade e da igualdade. Ao fazê-lo, restringe o sentido dos mesmos, no sentido de os adequar às premissas constitutivas do ideal liberal. Desta forma, o que se impõe, neste momento, é a compreensão do que vem a ser a liberdade, entendida esta enquanto princípio político fundador do pensamento liberal.

Isaiah Berlin, em seu clássico livro *Four Essays on Liberty*⁸⁸, examina o que vem a ser a liberdade a partir da distinção entre liberdade negativa e liberdade positiva. A liberdade negativa encontra-se na base do pensamento liberal, sendo também chamada de liberdade dos modernos, em oposição à liberdade positiva ou liberdade dos antigos, fundada no ideal de participação política. Na realidade, o sentido *negativo* da liberdade (enquanto ausência de obstáculos) está mais ligado à tradição liberal⁸⁹, dentro da articulação liberalismo/democracia, enquanto o sentido *positivo* de liberdade está mais ligado à tradição democrática, implicando numa forma de governo em que o povo participa.

⁸⁸BERLIN, Isaiah. **Four essays on liberty**. Oxford : Oxford University Press, 1969. Devido à clareza com que o autor distingue estas duas concepções, e partindo-se da premissa de que a liberdade, dentro do pensamento liberal, pode ser entendida como liberdade negativa, a análise que se segue toma como base o pensamento deste autor, marcadamente no ensaio **Two Concepts of Liberty**, p. 118-172. As citações realizadas neste tópico foram retiradas deste ensaio.

⁸⁹Na exposição realizada nos itens precedentes, já se pode perceber, a partir das posições principalmente de Locke e John Stuart Mill, bem como na corrente utilitarista, qual o sentido de liberdade dominante no pensamento liberal.

Berlin realiza sua análise do que vem a ser a liberdade a partir da proposição de duas questões fundamentais, cada uma das quais implicando num sentido diferente do termo. Num primeiro sentido, chamado de negativo, a questão que se coloca é "What is the area within which the subject - a person or a group of persons - is or should be left to do or be what he is able to do or be, without interference by other persons?"⁹⁰. A segunda questão permite identificar o sentido positivo do termo liberdade: "What, or who, is the source of control or interference that can determine to someone to do, or be, this rather than that?".⁹¹

No seu sentido negativo, o termo se liga à noção de que o ser humano é livre quando a sua esfera de ação não se encontra restringida por outros. A liberdade política, desta forma, está contida naquela área de ação onde o homem pode atuar sem ser impedido por outros ou, ainda, uma área onde ele pode escolher o curso de sua ação, sem interferência externa. Ser livre *de* interferências externas, livre *de* coerção. A origem deste sentido do termo pode ser buscada na luta que, principalmente na Inglaterra do século XVII, se travava contra o absolutismo. O povo queria ver-se livre de inadequados ou desnecessários instrumentos de dominação por parte do monarca, e deixar a cargo do indivíduo decisões que envolviam a sua pessoa e também implicassem em ações econômicas, principalmente quanto à alocação de recursos.

Os gregos, bem como os romanos, desconheciam a noção de direitos individuais que pudessem ser contrapostos ao Estado ou à coletividade. A idéia da liberdade enquanto um ideal político, bem como a própria idéia de direitos do indivíduo⁹², sejam eles concebidos como naturais ou não, é própria do advento da modernidade, do surgimento do pensamento liberal e de um determinado modo de encarar o indivíduo e a sociedade, colocando o indivíduo no centro de suas preocupações.

Com o advento do liberalismo, fruto do desenvolvimento do pensamento utilitarista e da luta contra o absolutismo, nasce a idéia da separação necessária entre o Estado e a sociedade, entre o público e o privado, ao mesmo tempo em que se consolida a separação entre o poder secular e poder eclesiástico, fruto de

⁹⁰ "Qual é área dentro da qual um sujeito - uma pessoa ou grupo de pessoas - é ou deve ser deixado para fazer ou ser o que ele está apto a fazer ou ser, sem interferência de outras pessoas?". (*Id. ibid.*, p. 121-122).

⁹¹ "O que, ou quem, é a fonte de controle ou interferência a qual pode determinar a alguém para fazer ou ser isto, ao invés daquilo?" (*Id. ibid.*, p. 122).

uma luta que perdurou por mais de cinco séculos. Com esta separação entre o público e o privado produz-se uma clivagem entre o reino da moral e o reino da política. A esfera privada passa a ser concebida como terreno das regras morais, ou regras da consciência, marcado por conflitos de diferentes espécies, acerca de valores e ideais. A esfera pública passa a ser concebida como reino impessoal, campo da política, regido por um Estado que se coloca como neutro no tocante às diferentes concepções de bem comum. Esta clivagem se deve principalmente ao reconhecimento do pluralismo de valores, fruto do advento de um conceito de racionalidade que colocou em questão a fixidez e a imutabilidade de visões de mundo de caráter metafísico e sagrado. Esta ruptura - uma única concepção de bem e autoridade - em várias e fragmentadas filosofias de vida implica na impossibilidade de se chegar a um acordo final quanto à idéia de bem comum, levando à aceitação das diferentes noções. Entretanto, para que a vida em sociedade seja possível, é necessário um consenso mínimo quanto a valores, bem como um grau de cooperação e solidariedade. O pensamento liberal, então, relega o conflito à esfera privada, reino da moralidade, isentando a política e a esfera pública deste componente. O Estado liberal é um Estado neutro, que não impõe uma única concepção de bem sobre as várias possíveis. Desta forma, a liberdade, da maneira que o liberalismo a concebe, é a liberdade negativa, ausência de coerção, liberdade em relação à interferência externa nas ações individuais.

É claro que se reconhece que um mínimo de interferência é necessária, inclusive para assegurar aquele grau mínimo de cooperação e solidariedade. É neste sentido que se compreende a interferência do direito na esfera da liberdade individual: a liberdade de uns muitas vezes deve ser restringida para preservar a liberdade de outros. Porém, deve sempre existir uma parcela de liberdade para cada indivíduo, a qual permaneça livre de qualquer interferência. Na esfera política, a liberdade é identificada principalmente com os direitos de livre associação, liberdade de pensamento e expressão e liberdade religiosa. Ou seja, áreas onde o indivíduo deve poder se conduzir de acordo com a sua própria vontade, sem interferência de outros. A liberdade, aqui, se relaciona à área onde se admite o controle, sem referência à fonte deste.

⁹² A este respeito ver Capítulo 1, item 1.1 e BERLIN, *Four essays...*, *op.cit.*.

Em sentido contrário, liberdade positiva pode ser entendida como a capacidade de autodeterminação, o sujeito como mestre de si mesmo, o sujeito que quer ser considerado como sujeito e não como objeto, nas palavras de Berlin.⁹³ Esta teoria envolve uma concepção própria quanto à esfera da consciência individual; a personalidade seria dividida em duas esferas diferentes, uma superior e outra inferior, e a pessoa é considerada livre enquanto apta a fazer valer o que é ditado pela sua consciência superior, fonte verdadeira de fins racionais, que deve comandar a esfera inferior, marcada por desejos e apetites irracionais. Esta concepção de liberdade é claramente valorativa, não se preocupando em deixar o sujeito livre da interferência externa, mas condicionando o exercício da liberdade no sentido de direcionar-se àqueles que devem ser os fins da natureza humana. Se a verdadeira liberdade consiste em fazer o que é devido, então a lei, se direciona o sujeito a fins racionais, pode servir como instrumento de libertação e não de restrição. Mas a primeira lei que os indivíduos devem obedecer é aquela que eles estabelecem para si mesmos, o que leva à noção de autonomia. Na filosofia política, Rousseau é um dos principais defensores da idéia de liberdade positiva. O indivíduo é livre para obedecer às leis que ele impõe a si mesmo, as quais implicam não somente em atingir apenas os próprios interesses, mas também em tornar possível interesses que os indivíduos compartilham entre si. A idéia de autogoverno, do povo conservar em suas mãos a soberania é própria desta concepção positiva de liberdade e a Revolução Francesa tem sido considerada o expoente máximo de tal concepção.

Estas noções podem tornar-se conflitivas, dependendo do significado que a elas se dê na esfera política. Também é importante ressaltar, como o faz Berlin⁹⁴, que não necessariamente a liberdade individual está relacionada à democracia. A democracia, entendida como governo do povo, está atrelada à uma concepção positiva de liberdade. Os liberais do século XIX estavam

⁹³ BERLIN, *Four essays*..., *op. cit.*, p. 131.

⁹⁴ "The answer to the question 'Who governs me?' is logically distinct from the question 'How far does government interfere with me?' ". "A resposta à questão 'Quem me governa?' é logicamente diferente da questão 'Até onde o governo interfere comigo?' " (*Id. ibid.*, p. 130). A primeira questão pode ser claramente pensada dentro do conceito de liberdade positiva, a qual remete à idéia democrática, enquanto a segunda é nitidamente preocupação com a ausência de interferência, mais voltada à predominância do elemento liberal dentro do conceito de democracia-liberal.

imensamente preocupados com uma concepção de liberdade positiva que - entregando a soberania ao povo, num sistema em que era válida a regra da maioria - pudesse vir a criar uma ditadura. Nesta hipótese, a liberdade, em seu sentido positivo, poderia tornar nula a liberdade no sentido negativo, tão cara ao pensamento liberal. O poder, na concepção liberal, jamais pode ser absoluto, seja ele entregue às mãos de um só ou do povo como um todo. No pensamento liberal, somente direitos são absolutos, jamais o poder (“(...) that no power, but only rights, can be regarded as absolute.”).⁹⁵ Desta forma, a liberdade, entendida enquanto princípio político do liberalismo, é a liberdade em seu sentido negativo, o qual não implica na idéia de participação política e nem atrela a virtude do homem à virtude cívica.

2.3.2 Igualdade

Um longo debate vem sendo travado na filosofia e na teoria política acerca da relação necessária (ou quanto à melhor articulação) entre os princípios da liberdade e da igualdade. Na ótica da democracia liberal, o seu caráter democrático pode ser concebido como parâmetro de ação institucional que permita a realização da liberdade individual. Esta concepção não ultrapassa o nível simbólico, uma vez que dissimula as contradições existentes no interior do espaço público, onde a coexistência humana se realiza, contrapondo o desejável e o indesejável, o bem e o mal, o verdadeiro e o falso, o imaginário e o real. Ao negar as contradições inerentes ao real, ou ao restringi-las ao espaço privado, a democracia liberal trabalha com um conceito de igualdade meramente formal, retirando o homem de sua realidade econômico-social e tomando-o como cidadão em abstrato.

A igualdade vem sendo entendida, dentro do ideário político liberal, como um elemento de justificação em si mesma, e não apenas como parte de um critério de justiça ou de uma determinada concepção filosófica desta. Dentro do

⁹⁵“(…) não o poder, mas somente os direitos podem ser considerados absolutos”. (*Id. ibid.*, p. 164).

pensamento liberal, todas as pessoas devem ser tratadas de forma igual, dentro das regras que conduzem a vida social.

É necessário frisar que, ainda dentro daquelas correntes de pensamento chamadas de igualitaristas, não se pleiteia absoluta igualdade. Isto é reconhecido a partir da noção de que a sociedade moderna é necessariamente uma sociedade plural, onde um grau de diversidade e abertura deve ser necessariamente mantido. Também o argumento por mais igualdade entre os indivíduos na comunidade política não se apóia em nenhuma consideração de igualdade natural entre as pessoas.

Na realidade, o termo igualdade, dentro da teoria política, praticamente não se reveste de nenhum conteúdo descritivo, mas revela, isto sim, um componente nitidamente normativo, no sentido de que o que se procura é a implementação de ações que visem ao ideal da igualdade, sem que esta dependa ou se sustente em características naturais dos indivíduos.

Dentro do pensamento liberal, conforme referido acima, houve sempre uma abstração do indivíduo na figura do cidadão. Dissociado da sua realidade concreta, o indivíduo é visto como titular de direitos abstratos e inalienáveis, os quais lhe conferem o *status* de cidadão de uma determinada comunidade política sem que, entretanto, lhe sejam asseguradas condições efetivas de desenvolvimento da cidadania. A visão liberal da igualdade se restringe à noção de isonomia, ou igualdade formal ou, ainda, igualdade perante a lei. Assim é que as modernas constituições⁹⁶ se encarregaram de consagrar tal princípio, além de vedarem práticas discriminatórias. A igualdade formal não se assenta em nenhuma noção de igualdade natural entre os indivíduos. As diferenças entre os indivíduos não podem servir de base para que o Estado e o direito o tratem de forma diferenciada ou discriminatória. O princípio da igualdade perante a lei e o requisito de que as leis que compõem o sistema jurídico sejam gerais e não promovam a discriminação são a única forma de garantir, ainda que a nível formal, que pessoas diferentes possam ser tratadas de forma igual. Esta

⁹⁶A importância da noção de igualdade, dentro do chamado constitucionalismo, pode ser observado já a partir da atual constituição brasileira. Ao tratar dos Direitos e Garantias Fundamentais, a CF/88 abre o Capítulo I, em seu artigo 5º, estabelecendo que todos são iguais perante a lei, assegurando a todos os direitos à vida, liberdade, igualdade, segurança e propriedade, e vedando a discriminação.

igualdade de tratamento, porém, é completamente compatível com as desigualdades sócio-econômicas perceptíveis no plano material.

Dentro da ótica liberal, qualquer tentativa de se aumentar o grau de igualdade material entre os indivíduos na sociedade pode comprometer o ideal da liberdade. Na realidade, embora a democracia liberal se estruture a partir da equação liberdade/igualdade, é fato que, historicamente, sempre houve o predomínio do valor liberdade sobre o valor igualdade. Assim também, até o presente momento, o elemento liberal continua a prevalecer sobre o elemento democrático, dentro das duas vertentes de pensamento que se agregaram para constituir a democracia moderna. É necessário, para que o próprio ideal da democracia liberal se torne viável, que uma nova forma de articulação entre estes dois princípios seja buscada. Na realidade, jamais haverá uma articulação perfeita ou final entre eles, posto que é impossível eliminar a tensão existente entre ambos, tensão esta que é constitutiva. Partindo-se do reconhecimento desta tensão, é necessário buscar novas formas de articulação entre estes princípios, bem como buscar novas formas de articulação entre o ideal liberal e o ideal democrático.

A partir da explicitação das bases do pensamento liberal, com enfoque no pensamento dos autores que mais contribuíram para o surgimento do mesmo, é possível compreender o cenário político europeu naquele momento histórico. A maneira como a questão democrática vem sendo trabalhada na atualidade será agora analisada.

3 A PROBLEMÁTICA DEMOCRÁTICA NO SÉCULO XX. DEMOCRACIA AGREGATIVA. DEMOCRACIA DELIBERATIVA

"The democratic procedure for the production of law evidently forms the only postmetaphysical source of legitimacy".⁹⁷

Partindo-se da premissa que a democracia moderna é a democracia liberal, foi realizada uma análise histórico-descritiva do conceito de democracia e do surgimento do pensamento liberal. Feito isto, a intenção agora é situar a atual discussão acerca da democracia, numa tentativa de equacionar as possíveis perspectivas para uma sociedade democrática nesta virada de milênio.

Se nos capítulos anteriores a análise realizada foi eminentemente descritiva, a discussão que agora passa a ser travada contém um forte componente normativo, uma vez que, após a explicação teórica das três principais correntes do pensamento democrático na atualidade (neste capítulo serão analisadas a democracia agregativa e a deliberativa, enquanto a matriz intitulada democracia radical será objeto do capítulo de nº 4), pretende-se demonstrar como e de que forma esta última matriz pode servir como padrão de referência para viabilizar o ideal democrático na atualidade.

A própria delimitação das teorias a serem abordadas já revela este componente normativo, uma vez que define uma opção teórica, entre tantas possíveis. Na teoria política e também na economia vêm sendo discutidas diversas matrizes teóricas diferentes daquelas que aqui se pretende analisar. A título de exemplo, podem ser citadas a atual discussão acerca da possibilidade da democracia direta, a escola da *rational choice* e outras. Este trabalho se situa no

⁹⁷ HABERMAS, Jürgen. **Between facts and norms**. Contributions to a discourse theory of law and democracy. Cambridge : The MIT Press, 1996. p. 448. "O procedimento democrático para a produção do direito forma, evidentemente, a única fonte de legitimidade pós-metafísica."

âmbito e nos limites da filosofia política e da filosofia do direito, buscando uma crescente interação entre estes dois campos do saber, numa perspectiva interdisciplinar. E é neste âmbito que busca suas principais fontes, centralizando a discussão nos aspectos filosóficos do debate acerca da democracia.

Inicialmente, será exposto a teoria da “democracia agregativa”, ou “modelo agregativo de democracia” ou, ainda, teoria da democracia numa perspectiva de “competição elitista”.⁹⁸ A principal fonte e referência deste modelo teórico pode ser encontrada na obra do economista austríaco Joseph A. Schumpeter. Na obra deste autor, basicamente no livro *Capitalism, Socialism & Democracy*, concluído por ele em 1942, são lançadas as bases de uma concepção de democracia que viria a influenciar todo o pensamento político na segunda metade deste século. Esta corrente foi posteriormente desenvolvida por outros autores, principalmente na área das ciências econômicas⁹⁹ mas, no campo da teoria política e filosofia, é esta a obra que sempre foi tomada como referência para a crítica e o debate, motivo pelo qual a análise a ser realizada a coloca como eixo de referência. Para tanto, será discutida a crítica que este autor faz à assim chamada doutrina clássica da democracia e a maneira como o mesmo constrói a sua teoria da democracia, centrada na idéia de interesse e na existência de uma competição entre as elites pelo poder político. Incidentalmente, serão sumarizados alguns dos tópicos que, neste autor, podem ser alvos de crítica.

Independentemente da importância da democracia agregativa, o modelo chamado de democracia deliberativa é, sem dúvida nenhuma, o mais influente na discussão que vem sendo travada na filosofia política. Entre os representantes deste pensamento destacam-se John Rawls, com a sua *Theory of Justice*, de 1971 (e também outras obras posteriores, marcadamente *Political Liberalism*) e Jürgen Habermas. Ambos partem de uma crítica ao modelo agregativo, centrado na idéia de interesses, e pretendem recuperar uma dimensão moral no âmbito da democracia liberal, sem a qual prevêem o seu fracasso. Para tanto,

⁹⁸Chantal MOUFFE, em praticamente toda a sua obra, chama a este modelo de “aggregative model”, ou modelo agregativo. Nesta perspectiva, pode-se falar em democracia agregativa. Já autores como David HELD, no livro **Models of democracy** e William E. SCHEUERMAN, no livro **Carl Schmitt: the end of law**, preferem a denominação “competitive elitist democracy” ou democracia elitista competitiva. Para efeitos de uniformidade, a denominação a ser utilizada será sempre democracia agregativa ou modelo agregativo.

⁹⁹ Como exemplo, ver: DOWNS, A. **An economic theory of democracy**. New York: Harper and Brothers, 1957.

partem da premissa de que é possível obter um consenso moral puramente racional, o qual é mais do que simples concordância quanto a procedimentos. Na realidade, embora estes autores sejam citados como talvez os mais significativos representantes desta corrente, vários são os caminhos através dos quais vem sendo pensada a democracia deliberativa.

O objetivo deste trabalho não é o de fazer uma análise pormenorizada desta teoria, motivo pelo qual serão apenas apresentados os pontos-chaves que a constituem e elencados os tópicos que a enfraquecem. Desta forma, a discussão proposta não se restringe ao pensamento de nenhum autor específico¹⁰⁰, mas tenta extrair das várias vertentes um panorama amplo, que permita a compreensão genérica desta matriz teórica. Neste sentido, serão analisados os conceitos fundamentais que lhe dão origem, bem como os seus objetivos, em termos de uma filosofia política que procura repensar um determinado modelo de sociedade. Basicamente, o que se coloca de pronto à discussão é o conceito de racionalidade que, enquanto idéia central da modernidade, serviria como elemento fundamental e mola propulsora para a obtenção da dimensão moral necessária à realização da democracia liberal.

3.1 DEMOCRACIA AGREGATIVA

O livro *Capitalism, Socialism & Democracy*, de J. A. Schumpeter, consubstancia a principal referência teórica do assim chamado modelo agregativo, o qual pretende se constituir em um novo parâmetro para a realização de uma sociedade verdadeiramente democrática¹⁰¹. Este livro tem como eixo

¹⁰⁰ Habermas e Rawls constituem dois aportes teóricos muito importantes, mas não se entrará em detalhes acerca das concepções destes dois autores dentro do tema proposto, o que fugiria aos objetivos deste trabalho.

¹⁰¹ Existe uma grande correspondência entre as idéias de Schumpeter, expostas no livro que será aqui referido, e as idéias desenvolvidas por Max Weber no livro *Economia e Sociedade*, principalmente nas questões relativas à democracia, organização partidária, burocracia e racionalidade. Entretanto, muito embora Schumpeter se inspire em Weber para desenvolver sua concepção de democracia, ele a desenvolve de forma bastante particular, que transforma seu modelo de democracia ideal bastante diferente de algumas das posições encontradas em Max Weber. Tendo em vista este fato, o pensamento de Weber não será objeto de análise direta neste trabalho. A respeito das posições weberianas acerca de burocracia, organização partidária e racionalidade, conferir WEBER, Max. **Economía y sociedad**. Ciudad del México: Fondo de Cultura Económica, 1944.

central a questão de como e por que o capitalismo pode sobreviver ou não, e também o socialismo. Concluindo pela impossibilidade da manutenção de uma sociedade capitalista¹⁰², o autor tenta pensar se é possível a articulação entre democracia e socialismo.

Tentando analisar a questão democrática, o autor primeiramente realiza uma crítica da assim chamada Doutrina Clássica da Democracia para, em seguida, apresentar uma nova teoria democrática. O que está na base de sua concepção sobre democracia é a idéia de que a doutrina clássica é inadequada por gravitar em torno da idéia da vontade do povo e, tanto o conceito de *common-good*, ou bem comum, quanto o conceito de povo, não são claramente verificáveis ou passíveis de apreensão racional. Partindo da concepção de que é necessário uma análise empírica da realidade, centrada na idéia de racionalidade, desenvolve a idéia da democracia enquanto método para a tomada de decisões no campo político, na medida em que seleciona os líderes que estarão autorizados a esta tomada de decisão. A racionalidade em questão está imbricada à idéia de eficiência econômica, e a um cálculo de previsibilidade. A maneira como J.A. Schumpeter desenvolve sua teoria, a partir da idéia de interesse, é o que se pretende agora analisar.

3.1.1 A Doutrina Clássica acerca da Democracia

O pano de fundo da idéia de democracia agregativa é a intenção de elaborar uma teoria descritiva desta, em oposição a uma concepção normativa. O modelo agregativo pode ser entendido como empírico, na sua tentativa de fazer uma descrição da democracia com base na realidade. Neste sentido, em primeiro lugar importava compreender de que maneira a democracia funciona.

¹⁰²A este respeito, conferir a terceira parte do livro (*Capitalism, Socialism and Democracy*) acima citado, especialmente o item em que o autor analisa o processo de deterioração das sociedades capitalistas, páginas 156-163. Neste autor, seria o próprio "sucesso" do capitalismo que levaria à sua auto-impossibilidade. A burocratização excessiva das sociedades capitalistas e a concentração da atividade econômica, o crescente aumento da tecnologia - determinando a gradativa substituição do que Schumpeter chamada de *entrepreneur* por técnicos, bem como a transformação da propriedade capitalista em papel (ações) seriam causas determinantes da inevitabilidade da derrocada capitalista.

Compreender o seu *modus operandi* e também apreender a sua natureza é a primeira parte para o entendimento do que esta vem a ser.

Na tentativa de estabelecer uma definição, ainda que provisória, do que venha a ser a democracia, este autor se insurge, antes de mais nada, contra aquelas teorias que procuram ver a democracia como um fim em si mesma, um valor último. Partindo da idéia de que a democracia nada mais é do que um método, aplicado a um determinado objetivo, ele tenta descaracterizar a idéia de democracia como ideal. Segundo ele "Democracy is a political *method*, that is to say, a certain type of institutional arrangement for arriving at political - legislative and administrative - decisions and hence incapable of being an end in itself, irrespective of what decisions it will produce under given historical conditions."¹⁰³ Como método, a democracia pode servir à obtenção de diversos fins - por exemplo, justiça social, eqüidade, liberdade e tantos outros - dependendo de que maneira venha a ser feita a articulação entre meios e fins.

Caracterizada como um método político (modo pelo qual a nação chega às decisões nesta área ¹⁰⁴), a democracia vai permitir identificar por quem e como estas decisões são tomadas. Se "por quem" toma as decisões for entendido o povo e se o "como" for identificado a governar, ou criar regras, a democracia seria o governo do povo, como classicamente se tem entendido. É justamente contra esta concepção clássica de democracia que este autor se insurge.

A primeira dificuldade que surge é quanto à determinação do que vem a ser "povo". Ou melhor, quem, dentre a população de um determinado Estado, está apto a ser incluído nesta categoria e, por conseguinte, ser capaz de gerar decisões.¹⁰⁵

Um segundo aspecto problemático é quanto à maneira de se exercitar o poder, ou maneira de se atingir as decisões requeridas. Aqui está implicada a explicitação do *modus operandi* do processo democrático, bem como a

¹⁰³ "A democracia é um método político, quer dizer, um certo tipo de arranjo institucional para chegar a decisões políticas - legislativas e administrativas - e, sendo assim, é incapaz de ser um fim em si mesma, independentemente de quais decisões ela irá produzir, dadas certas condições históricas" (SCHUMPETER, Joseph A. **Capitalism, socialism & democracy**. London : Routledge, 1996. p. 242).

¹⁰⁴ *Id. ibid.*, p. 243.

¹⁰⁵ O problema da extensão do conceito de povo já foi abordado no Capítulo 1. A medida daqueles que estão incluídos neste conceito é histórica e geograficamente variável, como também já foi mencionado. A rigor, as considerações feitas por Schumpeter neste particular não se diferenciam muito daquelas que foram apresentadas no já referido Capítulo 1.

determinação da sua natureza. Ambos não são facilmente explicáveis, nem oferecem soluções definitivas. Quais são os interesses a serem atendidos? Com base em que dados tais decisões são tomadas? Como a lei disciplina a tomada de decisões e em que medida as regras são capazes de efetivamente constituir limites a este processo? Estas são apenas algumas das perguntas que podem ser levantadas neste particular. De acordo com Schumpeter, as teorias que surgiram nos séculos XVII e XVIII procuraram prover tais definições, tendo sempre em mente um tipo de governo ideal, significado como sendo o governo do povo.¹⁰⁶ Este era o momento em que a Europa estava rapidamente promovendo o questionamento do poder político identificado com o monarca, ou soberano, e iniciando os rumos que acabariam por outorgar o poder político ao povo.

No conceito clássico de democracia, por outro lado, segundo este autor, está implícito também que a democracia é o método que permite a consecução do bem comum, uma vez que a vontade soberana é a vontade do povo. Aqui surgem as questões de se identificar em que se constitui o bem comum e de como tornar preciso o que vem a ser a vontade geral ou soberana.

Em primeiro lugar, não existe aquilo que poderia ser chamado de bem comum, em um sentido predeterminado e universal, e algo sobre o qual todos pudessem acordar, ainda que levados a isto sob força de uma argumentação racional. Isto porque tanto as pessoas podem querer coisas diferentes umas das outras, como também porque elas têm diferentes interesses e valores. E não somente isto: ainda que coincidindo em valores e interesses, os indivíduos podem discordar quanto aos meios a serem empregados para a obtenção dos fins acordados. E isto porque " (...) ultimate values - our conception of what life and what society should be - are beyond the range of mere logic".¹⁰⁷

Ainda neste particular, mesmo a existência de uma resposta única à questão do que venha a ser o bem comum poderia levar à situação de que nem todas as questões individuais são respondidas da mesma forma, levando ao questionamento daquela noção.

Para que fosse possível estabelecer precisamente o que é o bem comum, em primeiro lugar seria necessário que "Everyone would have to know definitely

¹⁰⁶ SCHUMPETER, *Capitalism, socialism* ..., op. cit., p. 247.

¹⁰⁷ " (...) valores últimos - nossa concepção sobre o que a vida e a sociedade devem ser - estão além de qualquer concepção lógica". (*Id. ibid.*, p. 251).

what he wants to stand for".¹⁰⁸ E, a partir disto, a noção de bem comum deveria ser obtida a partir de regras de inferência lógica, o que é completamente inviável. Da mesma forma, não se pode atribuir a esta noção um caráter último e racional pois, em se fazendo isto, automaticamente se estaria descartando todas as outras noções como irreais ou irracionais, o que leva este autor a concluir que "The notion of the common good is an unacceptable element of the democratic theory".¹⁰⁹

Um segundo argumento de Schumpeter contra esta teoria é o de que, muitas vezes, decisões tomadas por meios não democráticos são melhor aceitas pelo povo do que aquelas tomadas através de procedimentos democráticos. Em se tratando de decisões políticas, é correto esperar que muitas delas não agradem a todos. Muitas vezes, principalmente em se tratando de questões qualitativas, é possível esperar um compromisso que viabilize a obtenção de determinados fins. Porém, em se tratando de questões que envolvem valores, ou debates em torno do mérito, nem sempre tal compromisso pode ser obtido. Schumpeter ilustra seu argumento trazendo como exemplo um acordo sobre uma questão religiosa, imposto por Napoleão Bonaparte, na França, no começo do século XIX. O mesmo conseguiu agregar opiniões favoráveis de ambas as partes em questão e foi imposto através de meios ditatoriais e não democráticos.¹¹⁰

Na seção intitulada *Human Nature in Politics* (A Natureza Humana na Política), Schumpeter promove seu mais veemente ataque à noção de bem comum e também começa a apresentar sua idéia acerca da importância de que os interesses se revestem na vida em sociedade. Para tanto, ele vai buscar subsídios na teoria psicológica das massas e no papel que a propaganda desempenha no sentido de constituir necessidades e desejos nos indivíduos em geral.¹¹¹

¹⁰⁸ "Todo mundo deveria saber definitivamente pelo que ele gostaria de lutar" (*Id. ibid.*, p. 253).

¹⁰⁹ "A noção de bem comum é um elemento inaceitável da teoria democrática" (*Id. ibid.*, p. 252).

¹¹⁰ O exemplo citado pode ser encontrado na página 255. Um dos mais urgentes problemas da época era um acordo religioso que pudesse esclarecer o papel da Igreja depois da Revolução. Tal foi obtido primeiro através de uma concordata com o Papa (1801) e depois através dos chamados "artigos orgânicos" (1802). Os mesmos permitiram uma certa liberdade à Igreja, ao mesmo tempo que centralizavam a autoridade do Estado.

¹¹¹ A este respeito conferir SCHUMPETER, *Capitalism, socialism ...*, *op. cit.*, p. 256-264.

Primeiramente, ele demonstra de que maneira impulsos primitivos, irracionais e irrefletidos surgem nos indivíduos, quando sob a influência de grandes concentrações de pessoas e estados de excitação. Por outro lado, analisa de que maneira os indivíduos são influenciados pela propaganda, capaz de lhes criar necessidades e desejos. Não que não possa haver um senso crítico sobre os produtos que são ofertados e que, em algum prazo, ao se revelarem inadequados, possam ser deixados de lado por um consumidor exigente. O que o autor ressalta é o quanto os indivíduos são influenciáveis por diversos fatores alheios a qualquer tipo de racionalidade. No curso de qualquer tomada de decisões, os indivíduos exercitam uma análise até certo ponto racional de experiências passadas, favoráveis ou não, porém, eles também são influenciáveis por motivos e interesses desprovidos de racionalidade. Segundo o autor a vontade do povo é uma construção social, que pode ter pouco ou nada a ver com bases racionais.¹¹² A vontade do povo seria algo construído socialmente ou, nas palavras de Schumpeter "(....) the will of the people is the product and not the motive power of the political process".¹¹³

Argumentando neste sentido, o autor identifica uma ausência de racionalidade e responsabilidade dos indivíduos em relação à condução da vida política, em virtude do que ele chama de um natural distanciamento dos indivíduos nestes tipos de questões. Isto quer significar que o indivíduo comum nem sempre se vincula ao processo político de tomada de decisão ou se sente responsável por estas decisões. Este reduzido senso de responsabilidade e até mesmo de percepção da realidade implica também na inexistência da vontade, contrapartida da ação responsável. E, por assim ser, e por serem os indivíduos ignorantes na condução do processo político interno e externo, ele considera que eles se tornam novamente "primitivos". Isto, para o autor, gera duas importantes consequências:

- em primeiro lugar, o cidadão normal, em se tratando de questões políticas, e devido ao fato de não exercer nenhum controle sobre os resultados desta atividade irá, de forma recorrente, utilizar-se de argumentos não racionais;

¹¹²A este respeito conferir HELD, *Models of...*, *op. cit.*, p. 186-187.

¹¹³ "(....) a vontade do povo é o produto e não o motivo do processo político". (SCHUMPETER, *Capitalism, socialism...*, *op. cit.*, p. 263).

- em segundo lugar, devido à ausência deste elemento lógico ou racional, o cidadão comum estará em grande medida suscetível à ação de grupos profissionais, que tentarão influenciar suas conclusões (estes grupos podem se constituir em políticos profissionais, agentes econômicos, formadores privados de opinião e assim por diante). É justamente isto que permite ao autor concluir que a vontade do povo é um produto e não o motivo do processo político, como já foi anteriormente referido. A maneira como a vontade soberana é construída seria análoga ao processo de propaganda comercial.

Desta forma, destacando o componente irracional da atuação do cidadão comum nas questões políticas, bem como a impossibilidade de um acordo último e racional quanto ao conteúdo substantivo da noção de bem comum, ao mesmo tempo em que destaca o caráter metódico da noção de democracia, este autor está apto a lançar, então, as bases da sua teoria democrática.

3.1.2 Uma Nova Teoria da Democracia: Democracia Agregativa ou Modelo de Competição Elitista

Partindo do pressuposto de que o povo não é portador de um argumento racional sobre cada questão individual que pode ser alvo de uma decisão política, é necessária uma nova concepção de democracia, a qual seja apta a compreender o verdadeiro modo de tomada de decisões dentro deste método. Na concepção tradicional de democracia, o povo, sendo portador de tal elemento racional de convicção, elege representantes para que estes implementem a sua “vontade”. Invertendo os termos da equação (antes questões/opiniões + eleição de representantes) chega-se à eleição de representantes em primeiro lugar e somente depois estes chegariam às decisões políticas. Desta inversão o autor propõe seu conceito de democracia: “The democratic method is that institutional

arrangement for arriving at political decisions in which individuals acquire the power to decide by means of a competitive struggle for the people's vote".¹¹⁴

A partir desta definição de democracia é possível, antes de mais nada, distinguir governos democráticos daqueles não democráticos. Enquanto a doutrina clássica se apoiava na idéia de bem comum, e acabava por transformar a democracia em um fim em si mesma, esta definição destaca a importância do método através do qual vão ser selecionados os representantes do povo, os quais irão constituir o governo. Não se questionam os fins últimos a serem obtidos, ou a idéia de consenso. O que serve como elemento de identificação é tão somente a presença de um método de escolha de representantes.

Neste conceito também está presente uma das principais idéias deste autor acerca da democracia, que vem a ser a idéia de liderança política. Em relação a esta liderança política, existe uma nítida aproximação entre a idéia schumpeteriana de *heroic entrepreneur* e a idéia weberiana de líder carismático¹¹⁵. De acordo com este raciocínio, o eleitorado não age por si, ou tendo em vista qualquer idéia abstrata de bem comum. O que está na base da ação política é a idéia da aceitação da liderança, a qual permite a tomada de decisões. Em Schumpeter o *heroic entrepreneur* seria aquele que melhor teria condições de assumir esta liderança, sendo que esta mesma liderança não deixaria de demonstrar um aspecto carismático (de acordo com a concepção weberiana de carisma). Isto também implica na idéia de competição para a obtenção desta liderança, competição esta que sempre implica na obtenção da concordância por parte do eleitorado. Como o que se está pensando é um

¹¹⁴ O método democrático é este arranjo institucional para chegar a decisões políticas, nas quais os indivíduos adquirem poder para decidir através de uma luta pelos votos do povo" (*Id. ibid.*, p. 269).

¹¹⁵ Weber assim se expressa sobre o carisma: "Debe entenderse por 'carisma' la cualidad, que pasa por extraordinaria (condicionada mágicamente en su origen....), de una personalidad, por cuya virtud se la considera en posesión de fuerzas sobrenaturales o sobrehumanas - o por lo menos específicamente extracotidianas y no asequibles a cualquier otro -, o como enviado dei dios, o como ejemplar y, en consecuencia, como jefe, caudillo, guía o líder". (WEBER, **Economía y...**, *op. cit.*, v. 1, p. 252-253). "Debe entender-se por 'carisma' a qualidade, que passa por extraordinária (condicionada magicamente em sua origem...), de uma personalidade, por cuja virtude é considerada na posse de forças sobrenaturais ou sobrehumanas - ou, pelo menos, especificamente não cotidianas e não acessíveis a qualquer um -, ou como enviada de deus, ou como um exemplo e, em consequência, é considerada como chefe, caudilho, guia ou líder".

método democrático, esta competição fica restrita às idéias de livre competição para a conquista de um voto que também é livre.¹¹⁶

Ao entender que o povo tem o direito de escolher seus representantes (ou poder de fazê-lo), também se ressalta, aqui, a idéia de liberdade. Ou, ainda, a relação que existe entre democracia e liberdade individual. Todos são livres, a princípio, para competirem pelo poder político, apresentando-se ao eleitorado responsável por tal escolha.

É importante destacar que o autor constrói sua teoria da democracia tendo em vista a sua concepção de que o advento de uma sociedade socialista seria inevitável. Embora o objetivo deste tópico não seja o de analisar a posição de Schumpeter acerca do inevitável declínio do capitalismo e da possível estruturação do método democrático dentro de uma sociedade socialista, alguns pontos devem ser frisados, no sentido de se estabelecer em que contexto deve ser pensada a democracia moderna. O autor identificava: uma inevitável e crescente erosão das forças de mercado, em consequência do aumento da economia de escala e da concentração dos meios de produção; uma tendência crescente à racionalização e burocratização dos processos de gerenciamento; a acentuada necessidade da utilização planejada dos recursos disponíveis e a indispensabilidade da burocracia e da democracia para a gerência de uma sociedade socialista.¹¹⁷ Tendo em vista esta concepção da realidade, é que se deve pensar a democracia no modelo proposto. Além de acreditar que o advento do socialismo seria inevitável (embora de forma contrária àquilo que entendia como desejável, ou seja, o capitalismo) Schumpeter acreditava que em ambos os sistemas a democracia poderia se constituir em um método eficaz de condução política, desde que o caráter ideológico de ambos os sistemas não fosse por demais enfatizado. O que interessaria preservar, a qualquer custo, seria o caráter racional das decisões políticas. Esta idéia de racionalidade, em Schumpeter, possui um caráter profundamente ambivalente; da mesma maneira que cria as condições necessárias para a liberdade individual e seus corolários, o racionalismo também pode servir para lançar as bases de um Estado autoritário,

¹¹⁶O autor exclui outros modos de obtenção da liderança política como, por exemplo, rebelião militar e competição fraudulenta ou restritiva. A este respeito, cf. SCHUMPETER, **Capitalism, socialism...**, *op. cit.*, p. 271.

¹¹⁷A este respeito conferir HELD, **Models of...**, *op. cit.*, p. 184 e seguintes.

capaz de controlar a economia tendo em vista a maior eficiência possível sem, no entanto, criar condições para a autonomia dos indivíduos.

Neste modelo, o povo é responsável pela escolha dos governantes, sendo somente este o seu papel político, através da escolha periódica de líderes. O único meio de participação política para o povo é a discussão e o voto ocasional. Através deste processo, cujo elemento competitivo está na base da noção de democracia, são eleitos os representantes. A principal tarefa dos partidos políticos, nesta ótica, é estabelecer como chegar ao poder e, conquistando-o, como nele se manter. Neste ponto, também, ressalta-se a importância da propaganda e do marketing político. O autor compara a atuação do político competindo pelo voto com a do empresário competindo pelo consumidor. Neste processo, os partidos políticos representam um papel essencial, no sentido de estabelecer plataformas e princípios. Neste sentido, o autor coloca:

Party and machine politicians are simply the response to the fact that the electoral mass is incapable of action other than a stampede, and they constitute an attempt to regulate political competition exactly similar to the corresponding practices of a trade association. The psycho-technics of party management and party advertising, slogans and marching tunes, are not accessories. They are of the essence of politics. So is the political boss.¹¹⁸

Em qualquer perspectiva, a democracia poderia se constituir em mola propulsora da ineficiência econômica. Para que isto pudesse ser evitado, Schumpeter identifica cinco condições que deveriam estar presentes para que a mesma pudesse funcionar em uma determinada sociedade.¹¹⁹

Em primeiro lugar, como já foi várias vezes frisado, a democracia não significa o governo do povo. Ela significa tão somente que o povo tem a oportunidade de aceitar ou recusar os homens que vão governá-lo. O método democrático se caracteriza pela livre competição entre os líderes políticos pelos votos do eleitorado. A democracia é o governo dos políticos, ou da classe política. A própria atividade política deve ser entendida como uma carreira. Assim,

¹¹⁸ "Partido e máquinas políticas são simplesmente a resposta ao fato de que a massa eleitoral é incapaz de outra ação senão a de um estampido, e eles constituem uma tentativa para regular a competição política de forma exatamente similar às correspondentes práticas de associação comercial. As técnicas psicológicas de gerenciamento partidário e propaganda partidária, slogans e hinos não são acessórios. Eles são a essência da política. Assim como o chefe/líder político" (SCHUMPETER, *Capitalism, socialism...*, op. cit., p. 283).

¹¹⁹ *Id. ibid.*, p. 284-296.

aqueles que haverão de exercer a condução da atividade política devem estar preparados - e bem - para fazê-lo.

Em segundo lugar, sempre haverá a interrogação acerca da eficiência administrativa do método democrático em sociedades populosas e complexas. Para que o risco de colapso possa ser minimizado é necessário também que o elenco das decisões a serem tomadas no nível político não seja por demais extenso. A democracia não requer que cada função do Estado esteja sujeita aos métodos democráticos de decisão. Algumas decisões ficam excluídas daquele que seria considerado o terreno da política, através de um certo consenso obtido através dos programas partidários e da própria definição das funções do Parlamento.

Para que a democracia possa funcionar é necessária, em terceiro lugar, a existência de uma bem treinada burocracia, com tradição e condições de exercer a atividade pública. Esta seria comandada pelo líder político e deveria ser possuidora de um grande senso de dever.

Em quarto lugar, seria necessária a existência do que poderia ser chamado de um autocontrole dentro da democracia. Isto significa que os papéis dos líderes e dos eleitores devem ser claramente diferenciados, o que envolve uma grande quantidade de subordinação por parte dos governados. E implica na aceitação das medidas tomadas pelo governo, com um razoável grau de previsibilidade e tranquilidade, impedindo tentativas bruscas de derrubar o poder político constituído.

Por fim, para que seja efetivamente possível a realização do método democrático, deve estar presente uma cultura política capaz de respeitar as diferenças de opinião. Esta tolerância não será jamais absoluta, mas, se não existir em um determinado grau, não se realiza a livre competição para a conquista do poder político.

Estas são as linhas definidoras do modelo conhecido como democracia agregativa. Nele se destacam, principalmente, a noção dos interesses dos indivíduos como molas de sua atuação, também no nível político, bem como a importância que o autor confere ao papel do líder político. Estes interesses se constituem em razões para que os indivíduos atuem, tanto no âmbito privado quanto no âmbito político. Este modelo, em realidade, é muito mais, como o

próprio autor deixa claro, um acordo quanto a procedimentos, não implicando em nenhum consenso quanto a valores.

3.1.3 Limites

Esta teoria claramente busca inspiração na obra de Max Weber¹²⁰, principalmente no tocante ao papel do líder carismático em Weber e que, em Schumpeter, corresponde ao líder político. Isto também se torna claro no tipo de racionalidade que Schumpeter tem em mente ao descrever o funcionamento da sociedade capitalista e também porque a mesma estaria fadada a desaparecer, segundo ele, em prol de uma sociedade socialista, ainda que isto fosse contrário às suas convicções pessoais. Vale ressaltar que o advento desta sociedade socialista não tem nenhuma conotação normativa; o socialismo seria inevitável dentro da idéia de que processo de racionalização, burocratização e concentração econômica simplesmente se voltariam contra o empresário capitalista, pavimentando o caminho para uma economia centralmente planejada. Também vale a pena lembrar que Schumpeter é absolutamente contrário à qualquer forma de democratização das relações econômicas de produção. Qualquer tentativa de democratizá-las seria fechar os olhos às desigualdades existentes no domínio dos meios de produção e, principalmente, ao *know-how* necessário ao desenvolvimento da atividade econômica.

A teoria da democracia agregativa pode ser criticada principalmente a partir de dois pontos: primeiramente, ao preconizar a existência de uma única concepção de democracia, chamada por Schumpeter de teoria clássica e, em segundo lugar, ao determinar que sua concepção é a única alternativa possível a esta teoria clássica. Não existe uma única teoria clássica acerca da democracia e nem um único modelo possível, neste particular. Outrossim, apresenta uma teoria que deveria ser capaz de compreender todas as necessidades das sociedades contemporâneas, no tocante ao processo de tomada de decisões políticas, com uma base puramente empírica. Ao fazê-lo, adota uma postura que pretende ser

¹²⁰Para um melhor esclarecimento da importância da obra de Max Weber na construção da teoria de Schumpeter, bem como a identificação de pontos em comum entre a crítica deste à

abrangente, desprezando as diferenças existentes nas diversas formas de organização social.

A principal crítica de Schumpeter ao que ele chama de teoria clássica é quanto ao aspecto irracional contido na idéia de bem comum e de formação da vontade coletiva. Ao fazer tal crítica, parte do pressuposto de que os ideais formuladores da democracia liberal são inviáveis e impossíveis de serem obtidos. Esvaziada de qualquer dimensão moral, sua proposta pretende ser tão somente um acordo quanto a procedimentos, um *método*, como tantas vezes foi frisado. Com isto, refuta qualquer idéia de que a democracia possa ser concebida como um fim em si mesma, *an end in itself*. Ao fazê-lo, também questiona os ideais de igualdade e liberdade, princípios da democracia liberal. Como alguns críticos têm comentado: "He wrongly supposed that (...) empirical evidence about the nature of contemporary democracies could straightforwardly be taken as the basis for refuting the normative ideais enshrined in classic models, for instance, the ideais of political equality and equal participation".¹²¹ Assim o fazendo, fecha os olhos ao fato de que se as atuais sociedades democráticas não conseguiram viabilizar na prática tais ideais, isto não leva à necessária conclusão de que elas nunca serão capazes de realizá-los.

Em outro ponto, Schumpeter ainda tenta negar todo o pensamento clássico quanto à democracia. Uma das noções centrais do liberalismo, do século XVI em diante, é a noção dos seres humanos enquanto indivíduos, os quais podem ser atores importantes na sociedade em que vivem e atuarem como cidadãos, no tocante à participação política, sendo titulares de direitos e participantes ativos do processo político e não somente sujeitos destinatários do poder exercido pelo monarca ou soberano. Partindo de uma nítida separação entre a dimensão pública e privada, ele apenas reconhece participação ativa dos cidadãos no reino privado, consubstanciado nas relações pessoais e econômicas, e os considera apenas enquanto sujeitos consumidores. Na esfera política, ou reino público, ele nega completamente qualquer possibilidade de envolvimento ativo por parte do cidadão comum, dada a sua total incapacidade de uma tomada

democracia representativa e a crítica que é feita por Carl Schmitt, ver SCHEUERMAN, William E. **Carl Schmitt** : the end of law. Maryland : Rowman & Littlefield, 1999. p. 183-207).

¹²¹ "Ele supôs erradamente que evidências empíricas sobre a natureza das democracias contemporâneas poderiam ser tomadas diretamente como bases para a refutação dos ideais

de posição racional no tocante aos problemas envolvidos nesta esfera. Ao fazê-lo, ataca mesmo a real possibilidade da democracia representativa, pois, se os indivíduos não são capazes de agir racionalmente no tocante à identificação dos problemas políticos e suas possíveis soluções, em que bases os mesmos seriam capazes de escolher os líderes políticos capazes de fazer frente a tais situações?

Neste sentido, o que estaria realmente na base desta crítica schumpeteriana ao modelo parlamentar seria a incessante busca pela igualdade de condições de participação política, subvertendo qualquer possibilidade de construção de uma sociedade fundada em determinados ideais de racionalidade e eficiência econômica. No dizer de Scheuerman "(....) the ongoing decay of liberal parliamentarism is an unavoidable consequence of modern mass democracy and the closely related striving for social equality".¹²² Ainda nesta ótica, nenhuma possibilidade de ordem poderia ser estabelecida, uma vez que a democratização implicaria na outorga de poder político a uma "massa" irracional. Sua teoria, a qual prevê a existência de uma elite, suficientemente preparada para o exercício do poder político e também assessorada por uma burocracia igualmente preparada e coesa poderia, assim, solucionar aquilo que ele via como falha da teoria clássica. Ao indivíduo comum caberia apenas a participação através do voto, esporádico e sem que o mesmo pudesse exercer qualquer controle da atuação dos seus representantes eleitos.

Independente das críticas que se lhe possa fazer, este modelo teórico exerceu considerável influência no pensamento político do pós-guerra, marcadamente nas décadas de 50 e 60. Se as existentes democracias liberais apresentam falhas estruturais na maneira de lidar com problemas políticos concretos, não é corolário disto que as sugestões apresentadas de acordo com este modelo sejam as melhores ou únicas maneiras de lhes apresentar soluções. Centralizando em seu modelo a idéia de interesse (a legitimidade das decisões políticas poderia ser encontrada na medida em que os interesses de todas as pessoas que a ela são submetidos sejam atendidos), mola propulsora de atuação dos indivíduos, e caracterizando o processo democrático enquanto método

normativos idealizados pelos modelos clássicos, por exemplo, os ideais de igualdade política e igual participação". (HELD, **Models of...**, *op. cit.*, p. 192).

¹²² "O presente declínio do parlamentarismo liberal é uma consequência inevitável da moderna democracia de massas e está intimamente relacionado à luta por igualdade social" (SCHEUERMAN, **Carl Schmitt...**, *op. cit.*, p. 194).

(método de agregação dos interesses e preferências, realizado através dos instrumentos de barganha e votação), fica fora da análise política qualquer dimensão moral. É justamente esta dimensão moral, condição indispensável para a sobrevivência da democracia liberal, que os teóricos da democracia deliberativa vão tentar resgatar.

3.2 DEMOCRACIA DELIBERATIVA: A RECUPERAÇÃO DO COMPONENTE MORAL NA ESFERA PÚBLICA

A concepção moderna de democracia se funda na intersecção de duas tradições distintas, a tradição liberal e a tradição democrática, cada qual contribuindo de forma diferenciada para a formulação do que vem a ser a democracia moderna, também entendida como democracia liberal. De acordo com a clássica distinção de Benjamin Constant¹²³ entre a liberdade dos modernos e a liberdade dos antigos, o aporte liberal é fundado na idéia de liberdade enquanto liberdade negativa, enquanto que o elemento democrático se funda na concepção dos antigos sobre liberdade, ou liberdade positiva. Liberdade negativa seria a ausência de interferência, por parte do Estado ou dos "outros", na esfera de atuação dos indivíduos, esfera privada. Nela estariam compreendidas a liberdade religiosa, liberdade de consciência, pensamento e expressão, bem como os direitos da pessoa e de propriedade. Já a liberdade dos antigos se liga a uma concepção positiva de liberdade, fundada nos ideais de participação política e gerenciamento da coisa pública, implicando em liberdades políticas, exercitadas no âmbito público. O elemento democrático implica na realização do ideal de liberdade positiva, significada pela possibilidade da participação política, do atuar no sentido de algo, liberdade *para*. Estes dois elementos vão sempre estar se opondo um ao outro, não havendo jamais a possibilidade da erradicação desta tensão, do estabelecimento de um equilíbrio perfeito entre os ideais democráticos e liberais, consubstanciados nos princípios da igualdade e da liberdade. Esta idéia da democracia liberal é o pano de fundo sobre o qual

¹²³A este respeito conferir CONSTANT, Benjamin. **Liberty of the ancients compared with that of the moderns** (political writings). Cambridge: Cambridge University Press, 1988.

trabalha a teoria da democracia deliberativa. Esta teoria é uma reação à influência que a chamada teoria da democracia agregativa exerceu no pensamento político ocidental após a segunda guerra, especialmente nas décadas de 50 e 60. Este modelo apresentava uma visão procedimental ou metódica da democracia, isenta ou pretensamente isenta de qualquer componente normativo, perpassada de uma concepção empiricista. Segundo os defensores da democracia deliberativa, aquela concepção, desprovida de elementos morais de convicção, se constitui em uma ameaça ao próprio ideal democrático, ou à sobrevivência da democracia liberal.

Na realidade, a idéia de democracia deliberativa, ainda que em moldes distintos dos que agora se colocam, é já bastante antiga e remonta à Antiga Grécia. O governo de Atenas era baseado na participação direta e ativa dos cidadãos¹²⁴. Esta participação era vista não somente como um direito, mas também como um dever, dentro de uma concepção de liberdade positiva. Na base do funcionamento do sistema estava a reunião dos cidadãos nas assembléias, onde cada um poderia se manifestar e apresentar propostas. O tamanho das assembléias inviabilizava, por vezes, a participação de todos, razão pela qual alguns poucos oradores subiam às tribunas e travavam debates entre si, na frente da audiência. Estes debates eram já uma forma de deliberação, a qual tinha por objetivo persuadir as outras partes do acerto de algumas colocações. Com o advento da democracia representativa, houve também uma alteração da própria idéia de deliberação. Esta passa a ser entendida como a formação coletiva de uma vontade comum, através de meios próprios de discussão e argumentação.¹²⁵

A deliberação, entendida como um método para a tomada de decisão (na análise a ser realizada, decisões políticas), se assenta na idéia de um livre

¹²⁴A este respeito, ver Capítulo 1, item nº. 1.1.

¹²⁵A este respeito, é ilustrativo o discurso de Edmund Burke aos eleitores de Bristol, em 1774: "Parliament is not a *congress* of ambassadors from different and hostile interests; which interests each must maintain, as an agent and advocate, against other agents and advocates, but parliament is a *deliberative* assembly of *one* nation, with *one* interest, that of the whole; where, not local purposes, not local prejudices ought to guide, but the general good, resulting from the general reason of the whole." Citado por ELSTER, John (Ed.). **Deliberative democracy**. Cambridge : Cambridge University Press, 1998. p. 3. "O Parlamento não é um *congresso* de embaixadores com interesses diferentes e hostis, interesses que cada um deve manter - como um agente e um advogado - contra outros agentes e advogados, mas o parlamento é assembléia *deliberativa* de *uma* nação, com *um* interesse, que é o de todos; onde nem interesses, nem preconceitos locais devam importar, mas o bem geral, resultante da razão genérica de todos."

debate, ou discussão, a ser realizado entre cidadãos livres, iguais e racionais, com vistas à obtenção de um resultado com o qual todos possam concordar, uma vez que todos serão por ele afetados. A maneira como isto pode ser realizado é o que se quer agora analisar.

3.2.1 Democracia Deliberativa: Caracterização e Objetivos

Conforme já foi mencionado, o maior objetivo desta concepção de democracia talvez seja recuperar o ideal da democracia liberal, através do fortalecimento do vínculo entre os valores liberais e o ideal democrático, o que permitiria a recuperação do componente moral do liberalismo. Esta concepção parte da idéia de que procedimentos adequados de deliberação tornariam possível a obtenção de um acordo que pudesse satisfazer ao mesmo tempo os ideais de racionalidade e legitimidade exigidos para um aprofundamento da democracia. Tenta-se, assim, conciliar a idéia de soberania popular com o resgate dos valores liberais.¹²⁶

Habermas¹²⁷ parte da constatação de que, dentro das modernas e complexas sociedades, as pessoas sempre terão divergências quanto às concepções de bem comum. Assim, seu pensamento se funda em uma teoria abrangente da modernidade e da racionalidade que lhe é inerente. Se até o advento da modernidade poderia haver uma única concepção de bem, universal, tendo em vista o caráter natural ou, em certos casos, sagrado, que constituía a noção de sociedade e poder político, o advento daquela pulverizou tal concepção em diversos fragmentos, nenhum deles podendo mais clamar um *status* de racionalidade próprio e universal. O conhecimento metafísico ou o credo religioso justificavam procedimentos e princípios como tendo um caráter universal e natural. O critério racional de apreensão da realidade fez com que gradualmente

¹²⁶Conforme já foi anteriormente mencionado, a intenção deste item é tão somente expor o que vem a ser a chamada democracia deliberativa buscando, com isto, situar o atual debate em torno da problemática democrática. Para tanto, não será realizada uma análise mais pormenorizada nem da versão habermasiana, nem da versão de Rawls sobre o assunto. Ao mesmo tempo em que se utilizam as contribuições destes dois autores, também serão utilizadas as construções de Seyla Benhabib - a qual toma Habermas como referência - e Joshua Cohen, na perspectiva de Rawls.

desaparecessem estas crenças, substituindo-as por um ideal de cooperação humana na base da organização social e de um conhecimento sujeito a críticas. A própria idéia de racionalidade traz consigo a possibilidade de questionamento das crenças, valores e normas antes prevalentes. Isto faz com que divergências e desorientação na forma de condução de cada indivíduo se tornem cada vez mais freqüentes.

Na base da concepção habermasiana de democracia está uma tentativa de repensar o projeto político da modernidade, fundado na idéia de racionalidade. Para tanto, ele tenta apresentar uma justificação filosófica da democracia, apta a gerar uma teoria que ligue aspectos filosóficos e práticos. Neste intuito, tenta apresentar quais são as condições para o procedimento democrático. As questões políticas, para Habermas, não devem ser confundidas com questões éticas, as quais buscam uma visão ampla do homem. Segundo ele "Politics may not be assimilated to a hermeutical process of self-explication of a shared form of life or collective identity".¹²⁸

Da mesma forma que Habermas, Rawls¹²⁹ realiza uma defesa do ideal da moderna democracia constitucional. O faz reafirmando a importância dos dois princípios políticos básicos do pensamento liberal, liberdade e igualdade, colocando grande ênfase no primeiro destes princípios, a liberdade. Na base de seu pensamento também está compreendido o ideal de racionalidade, próprio do pensamento moderno. Em sua concepção de democracia, está compreendida a idéia da razão prática, numa concepção normativa.

Em semelhança com Habermas, Rawls parte da constatação de que existe um irreduzível pluralismo entre as diferentes concepções de bem nas sociedades modernas, bem como uma divergência quanto a valores. As pessoas, dentro de

¹²⁷ Conferir HABERMAS, *Between facts...*, *op. cit.*

¹²⁸ "A política não deve ser assimilada a um processo hermenêutico de auto-explicação de uma forma de vida comum ou da identidade coletiva". HABERMAS, Jurgen. Three normative models of democracy. In: BENHABIB, Seyla (Ed.). **Democracy and difference**. Contesting the boundaries of the political. Princeton : Princeton University Press, 1996. p. 23-24. Logo adiante, este autor continua: " (...) a discourse theoretic interpretation insists on the fact that democratic will formation draws its legitimating force not from a previous convergence of settled ethical convictions but both from the communicative presuppositions that allow the better arguments to come into play in various forms of deliberation and from the procedures that secure fair bargaining process. " (...) uma interpretação teórica discursiva insiste no fato de que a formação da vontade democrática retira sua força legitimadora não de uma prévia convergência de convicções éticas estabelecidas, mas de pressuposições comunicativas que permitem que os melhores argumentos sejam discutidos nas várias formas de deliberação e também de procedimentos que assegurem um justo processo de barganha."

uma mesma sociedade política, possuem diferentes concepções religiosas, diferentes formações culturais e assim por diante. O Estado liberal deve ser neutro em relação a estas diferentes concepções. Através da formulação de princípios de justiça, poderia ser obtido o consenso racional necessário à coesão social. Esta concepção de justiça não implica em uma visão moral abrangente e respeita o fato do pluralismo, permitindo a coexistência de diversas concepções de bem comum.

Ambos os autores partem do fato do pluralismo e colocam como problemática central da filosofia política a questão da justificação do poder político, numa clara tentativa de estabelecer as bases de legitimidade da democracia moderna. Ambos vêem a fundamental importância do processo de deliberação dentro do procedimento democrático, divergindo quanto aos resultados desta. Em Rawls, tem-se uma preocupação maior quanto aos resultados do procedimento democrático, na premissa de ser possível estabelecer um consenso racional quanto aos seus meios e fins. Já Habermas parte de uma concepção eminentemente procedimental, dando ênfase aos meios, sem restrição quanto aos resultados a serem obtidos.¹³⁰

Conforme já foi mencionado anteriormente, a democracia deliberativa parte do fato irreduzível do pluralismo. No dizer de Cohen¹³¹, “the fact of reasonable pluralism” (o fato do pluralismo razoável). No cerne desta concepção está a noção de que existem diferentes concepções e valores acerca do bem, e todos podem ser considerados razoáveis e acessíveis a todos mediante o exercício da razão prática, desde que as pessoas sejam também razoáveis. Entretanto, a compreensão e aceitação das diferentes concepções como razoáveis não conduz à enunciação de uma única filosofia de vida como resultante deste processo.¹³²

¹²⁹ Conferir RAWLS, John. **A theory of justice**. Oxford : Oxford University Press, 1972.

¹³⁰ Para um melhor esclarecimento das posturas de ambos neste particular conferir as obras citadas RAWLS, **A Theory of Justice** e HABERMAS, **Between Facts and Norms**. Para uma análise das posições destes dois autores, conferir: MOUFFE, Chantal. **The return of the political**. London : Verso, 1993, especialmente o artigo intitulado Rawls, Political Philosophy without Politics. **Philosophy & Social Criticism**, London, v. 13, n. 2, 1987. p. 41-59. Também da mesma autora ver o artigo **Political theory in transition**. In: SULLIVAN, Noel O' (Ed). London: UCL Press, 2000. Conferir ainda: COHEN, Joshua. Procedure and substance in deliberative democracy. In: BENHABIB, Seyla (Ed.). **Democracy and difference : Contesting the Boundaries of the Political**. Princeton : Princeton University Press, 1996 e, no mesmo livro, o artigo da editora, Seyla BENHABIB, intitulado Toward a deliberative model of democratic legitimacy.

¹³¹ COHEN, **Procedure and ...**, *op. cit.*, p. 96.

¹³² Também na página 96 este mesmo autor coloca: “ (...) ‘the fact of pluralism’ - the fact that there are distinct, incompatible understandings of value, each one reasonable, to which people

O reconhecimento do pluralismo não implica, necessariamente, na adoção ou aceitação de uma teoria democrática que seja exclusivamente procedimental. Conforme mencionado logo acima, em Habermas existe uma maior valorização deste caráter procedimental, com o reconhecimento de que não pode haver o consenso pretendido e nem uma postura final quanto às divergências geradas na arena política. Já Rawls e seus seguidores se recusam a colocar como consequência do pluralismo a idéia de democracia apenas enquanto procedimento e tentam aliar a este caráter uma postura substantiva. Ainda reconhecendo que nem mesmo um procedimento deliberativo pode ou é capaz de produzir consenso quanto à valores, existe nesta postura uma vinculação do ideal democrático com os ideais políticos do liberalismo, liberdade e igualdade. É assim que a liberdade dos antigos, referenciada pela idéia de participação política e ligada ao ideal democrático, pode ser entendida enquanto forma do procedimento democrático, enquanto os referidos princípios liberais, consubstanciados na idéia de direitos individuais e liberdade negativa/privada, podem ser tomados como conteúdo deste procedimento.

No dizer de Seyla Benhabib, a democracia pode melhor ser entendida como "(....) a model for organizing the collective and public exercise of power in the major institutions of a society on the basis of the principle that decisions affecting the well-being of a collectivity can be viewed as the outcome of a procedure of free and reasoned deliberation among individuals considered as moral and political equals" ¹³³.

Esta definição do que vem a ser a democracia deliberativa permite sumarizar os seus principais aspectos, a saber: a) a democracia é entendida como um modo de organização do poder político; b) as pessoas que vão ser submetidas às decisões devem participar do processo deliberativo de tomada de

are drawn under favorable conditions for the exercise of their practical reason. The good-faith exercise of practical reason, by people who are reasonable in being concerned to live with others can accept, does not lead to convergence on one particular philosophy of life." " (...) 'o fato do pluralismo' - o fato de existirem distintos, incompatíveis entendimentos de valores, cada um deles razoável, para os quais as pessoas são levadas sobre condições favoráveis pelo exercício da razão prática. O exercício de boa-fé da razão prática, por pessoas razoáveis, em sua preocupação em viver com o que os outros podem aceitar, não leva à convergência em uma filosofia particular de vida".

¹³³ "(....) um modelo para organizar o público e coletivo exercício do poder nas principais instituições da sociedade na base do princípio de que as decisões que afetam o bem-estar da coletividade possam ser vistas como o resultado de um procedimento de deliberação livre e

decisão; c) o processo deliberativo é livre e se dá entre indivíduos considerados política e moralmente como iguais.

A idéia de democracia deliberativa tem como um de seus elementos centrais o ideal de justificação política, ou seja, pretende funcionar como um método de tomada de decisão que seja em si mesmo legítimo ou que justifique o exercício do poder político. Neste entendimento, seria justamente o processo deliberativo, realizado entre sujeitos livres e iguais, através de comunicação racional, que realizaria tal ideal. Como modelo, esta teoria oferece o detalhamento de como deve se realizar tal procedimento, com vistas ao ideal de que seus resultados se revistam desta idéia legitimadora. Vale lembrar que no aporte habermasiano este ideal se realiza na medida em que o procedimento satisfaça aos requisitos estabelecidos. Já no aporte de Rawls, é necessária também a análise dos resultados, para que se possa auferir este ideal.

Outro ponto em destaque deste conceito é que os sujeitos que vão ser afetados pelas decisões devem participar do processo de deliberação. Parte-se da idéia de autonomia política, a qual se liga a uma concepção positiva de liberdade. Aqueles que vão ser afetados pelas decisões devem considerá-las aceitáveis e partir do pressuposto de que também os outros sujeitos que venham a ser afetados por elas as considerem razoáveis de observância. Este ponto enfatiza o ideal de legitimidade, buscando a correspondência necessária entre as decisões produzidas e aqueles que serão por ela afetados.¹³⁴ Desta forma, condiciona-se a legitimidade democrática à realização de um processo público de deliberação, aberto a todos e realizado de maneira razoável e racional.

razoável entre indivíduos considerados como politicamente e moralmente iguais" (BENHABIB, *Towards a...*, *op. cit.*, p. 68).

¹³⁴Seyla Benhabib apresenta o seguinte conceito de legitimidade democrática: "I define democratic legitimacy as the belief that the major institutions of a society and the decisions reached by them on behalf of the public are worthy of being obeyed and granted normative recognition. The basis of legitimacy in democratic institutions is to be traced back to the presumption that the instances which claim obligatory power for themselves do so because their decisions represent an impartial standpoint said to be equally in the interests of all". *Deliberative Rationality and Models of Democratic Legitimacy. Constellations*, Cambridge, v. 1, n.1, p. 31, 1994. "Eu defino legitimidade democrática como a crença de que as principais instituições da sociedade e as decisões por ela alcançadas representando o público são válidas para serem obedecidas e têm reconhecimento normativo. A base da legitimidade democrática pode ser retrçada à presunção de que as instâncias, as quais exigem poder obrigatório para si próprias, o fazem porque suas decisões representam um ponto de partida dito igual no interesse de todos."

Por último, é necessário explicitar o que se entende por sujeitos livres e iguais, concepção esta que está diretamente relacionada ao fato do pluralismo. Neste sentido, é esclarecedora a posição de Joshua Cohen sobre o tema:

To say that citizens are free is to say, *inter alia*, that no comprehensive moral or religious view provides a defining condition of membership or the foundation of the authorization to exercise political power. To say that they are equal is to say that each is recognized as having the capacities required for participating in discussion aimed at authorizing the exercise of power.¹³⁵

Ou seja, todos os indivíduos são livres no sentido de não serem discriminados em função de suas convicções pessoais, religiosas ou outras. Independentemente destas, a ninguém será negado o direito de participação política o que, no caso presente, implica no processo de deliberação. Por outro lado, o princípio de igualdade implica em que a opinião de todos e a forma de participação têm o mesmo peso, não sendo feita nenhuma diferenciação no sentido de estabelecer que um indivíduo ou um grupo de indivíduos vale menos que outro.

Resta agora indagar de que maneira pode ser exercitado o procedimento de deliberação. Na ausência de consenso, e dada a necessidade de serem tomadas decisões, três são as vias que podem ser adotadas: argumentação, barganha ou votação.¹³⁶ Enquanto a argumentação e a barganha são formas de comunicação, em si funcionando como *speech-acts*, o voto não é. No processo de decisão coletiva, estas vias estão relacionadas ainda a uma outra diferenciação, no que se refere às preferências dos indivíduos: agregação, transformação e falsa representação. No que interessa aos objetivos desta exposição, tem-se que a transformação é o objetivo final do procedimento deliberativo. A argumentação levada a cabo dentro deste procedimento tem por finalidade última a transformação das preferências/interesses dos sujeitos participantes, de maneira a que uma preferência comum possa ser obtida. Ainda que às vezes o consenso não seja possível, situação em que poderá haver a

¹³⁵ "Dizer que cidadãos são livres é dizer, *inter alia*, que nenhuma moral abrangente ou visão religiosa provê uma condição definidora da qualidade de membro ou da fundação ou da autorização do exercício do poder político. Dizer que eles são iguais é dizer que cada um é reconhecido como tendo as capacidades requeridas para participar na discussão que objetiva autorizar o exercício do poder" (COHEN, **Procedure and...**, *op. cit.*, p. 96).

¹³⁶ Para um melhor esclarecimento destes procedimentos, inclusive com sua fundamentação e exemplificação, conferir ELSTER, **Deliberative democracy**, *op. cit.*, p. 5-12.

necessidade, por exemplo, de se recorrer ao processo de votação, é possível determinar- através de um razoável e racional processo de argumentação e deliberação - que aqueles que não restam convencidos ainda possam reconhecer o caráter racional e razoável de uma decisão tomada pela maioria e, reconhecendo-o, a ela se sujeitarem e implicitamente legitimarem o procedimento decisório. A argumentação é um procedimento intrinsecamente conectado à razão, a qual deve revelar-se desapaixonada e desinteressada.

Conforme já foi referido, a decisão política constantemente se socorre da argumentação, barganha e votação. O modo por excelência da realização do ideal da democracia deliberativa é a argumentação, conectada à razão, e hábil a produzir não a simples agregação dos interesses individuais (o que pode ser obtido através de votação ou barganha) e sim a sua transformação, objetivando a obtenção de um resultado comum.

Também como já foi observado, o lado democrático desta teoria se revela no fato de que ela proporciona um procedimento de tomada das decisões políticas, através da participação de todos que serão afetados por esta mesma decisão. O lado deliberativo se manifesta no fato de que tal tomada de decisão se dá através da apresentação de argumentos, por parte de indivíduos vinculados aos valores de imparcialidade e racionalidade. Somente as normas obtidas dentro deste procedimento e a partir destes princípios poderão ser consideradas válidas e obrigatórias sob um ponto de vista moral.

O processo de deliberação deve se revestir das seguintes características:¹³⁷

- em primeiro lugar, tratando-se de pessoas *livres e iguais*, o processo de deliberação é por todos constituído, sem distinção. O direito à participação compete a todos e nisto está compreendida a possibilidade

¹³⁷No dizer de Seyla Benhabib são as seguintes as características do processo de deliberação (BENHABIB, **Democracy and...**, *op. cit.*, p. 70): "1) participation in such deliberation is governed by the norms of equality and symmetry; all have the same chances to initiate speech acts, to question, to interrogate, and to open debate; 2) all have the same right to question the assigned topics of conversation; and 3) all have the right to initiate reflexive arguments about the very rules of the discourse procedure and the way in which they are applied or carried out." "1) a participação nesta deliberação é governada pelas normas da igualdade e da simetria; todos têm as mesmas chances de iniciar atos de fala, de questionar, interrogar e abrir o debate; 2) todos têm o mesmo direito de questionar os pontos estabelecidos para serem discutidos; e 3) todos têm o mesmo direito para iniciar argumentos reflexivos sobre as próprias regras do procedimento discursivo e sobre o modo pelo qual elas são aplicadas ou conduzidas."

de iniciar o debate, propor problemas a serem discutidos, argumentar, questionar e atos afins;

- da mesma forma que são discutidos os *fins*, ou seja, aquilo que está sendo levado à deliberação coletiva, também o *modo* como a própria deliberação é levada a efeito pode ser questionado. Os sujeitos participantes podem argumentar, reflexivamente, quanto às regras incidentes neste procedimento e à maneira como ele é realizado.

O objetivo último deste procedimento é o da transformação dos interesses ou preferências individuais. Assim, a esfera pública é a arena onde os sujeitos se encontram para, através de atos comunicativos, enunciarem suas preferências, posições e, principalmente, de *forma racional*, apresentarem *razões* para que determinada medida possa ser adotada.¹³⁸ As razões apresentadas devem ser passíveis de aceitação pelos outros sujeitos participantes do processo, os quais devem se sentir suficientemente convictos de sua razoabilidade, no sentido de se sentirem a elas vinculados, sob um ponto de vista moral. A racionalidade democrática deve ser capaz de prover aceitáveis formulações acerca de diferentes concepções de bem comum, as quais não comprometem o irredutível fato do pluralismo. Esta postura procedimental é uma maneira racional de preservar a existência do conflito de valores no plano substantivo.

Estas duas principais vertentes da teoria da democracia deliberativa, as quais se inspiram em Habermas e Rawls e, respectivamente, com desdobramentos nas obras de Seyla Benhabib e Joshua Cohen, possuem vários pontos em comum, mas também apresentam algumas divergências. Sem dúvida nenhuma, o ponto principal de contato entre estas duas variantes é a importância que atribuem ao papel da deliberação no processo da tomada de decisão. Ambas também colocam a problemática da justificação da decisão como uma das questões centrais da filosofia política. Corolário desta preocupação é a problemática da legitimidade do procedimento democrático. Em ambos também

¹³⁸ Neste ponto é interessante notar que Chantal Mouffe faz - a partir da posição de Rawls no artigo *Kantian Constructivism in Moral Theory* - uma distinção entre *razoável* e *racional*. O razoável existe em relação aos melhores termos que podem ser obtidos para a cooperação social, articulando as idéias de reciprocidade e mutuabilidade. Já o racional expressa um outro elemento deste processo de cooperação, marcado pela concepção de cada participante na obtenção de uma vantagem racional. Para um melhor esclarecimento destes pontos conferir MOUFFE, Chantai. *Political Philosophy without Politics*. In: _____. **The return of the political**. London : Verso, 1993. p. 41-59.

existe a percepção quanto à impossibilidade de - após o advento da modernidade e a conseqüente implosão de uma única idéia de bem comum (ou de uma filosofia moral abrangente), fosse ela apoiada na natureza ou em Deus - obter um consenso racional sobre valores ou obter uma filosofia de vida ampla e comum a todos, dentro de uma sociedade reconhecidamente pluralista. Porém, esta impossibilidade não implica em que não possa ser obtido um consenso no que toca às decisões políticas que devem governar esta mesma sociedade. Este consenso não deve ser entendido apenas como concordância quanto às regras gerais que devem conduzir o dia a dia. Ao contrário, se realizado entre pessoas livres e iguais entre si, obedecendo às condições de imparcialidade, igualdade, abertura e ausência de coerção, tal consenso pode significar um acordo moral, o qual todos podem reconhecer como cogente e legítimo.

Entretanto, existem diferenças de posição entre estes dois autores que merecem ser mencionadas. Em primeiro lugar, a posição de Rawls pretende a justificação de um liberalismo que é político, e não metafísico, independente de uma filosofia abrangente. Para tanto, Rawls pressupõe uma nítida separação entre o público e o privado, sendo que o exercício da argumentação e os debates públicos devem ser realizados na esfera pública e não na esfera privada. Nesta ótica, a esfera privada é o reino da diferença, onde uma pluralidade de concepções sobre o bem comum, liberdade religiosa, de valores e outras, podem coexistir. Já no reino público seria possível a obtenção de um consenso racional, cuja base seria a visão compartilhada dos princípios de justiça. Nesta ótica, o procedimento deliberativo poderia cumprir a função de, em certa perspectiva, “esterilizar” a esfera pública das diferenças intrínsecas ao processo de convivência social. Partindo do ‘fato irreduzível’ do pluralismo, Rawls relega o mesmo para a esfera privada, neutralizando seus efeitos na esfera pública. Em conseqüência, o processo deliberativo - na sua visão - estaria limitado à esfera pública e até mesmo a “agenda” suscetível de discussão ficaria condicionada a determinados tópicos, aos quais ele chama de *constitucional essentials* e *questions of justice*.¹³⁹ Já na visão habermasiana, não existe esta restrição

¹³⁹ Rawls assim se manifesta: “In a democratic society public reason is the reason of equal citizens who, as a collective body, exercise final political and coercive power over one another in enacting laws and in amending the constitution. The first point is that the limits imposed by public reason do not apply to all political questions but only to those involving what we may call ‘constitutional essentials’ and questions of basic justice... This means that political values alone are

quanto à matéria que pode ser alvo de deliberação. Todos podem iniciar o debate acerca de qualquer questão, respeitados os princípios que foram referidos acima (abertura, simetria, imparcialidade, equidade, ausência de coerção).

Ambas estas posturas também se diferenciam no tocante à maneira de conceber o poder político. Em Rawls, o debate público é exercido coletivamente e, como corpo coletivo, tal público estaria apto a exercer o poder político, entendido, este também, como coerção. Isto se coaduna com a restrição que o mesmo faz quanto à agenda da deliberação. Restringindo a mesma às questões políticas constitucionais e acerca da justiça¹⁴⁰, o privado resta excluído. Isto está perfeitamente adequado à sua postura liberal: no reino privado os indivíduos são livres da interferência do poder político, enquanto que na esfera pública o mesmo se apóia também na coerção. Já na concepção de Habermas, o sentido da promoção do debate é o encontro de razões suficientes que permitam a adesão de todos, através de um procedimento que não é coercitivo e nem jamais será finalizado, posto que existirá sempre a possibilidade de a discussão ser retomada.

Por fim, outro ponto em que ambos se diferenciam é no tocante à localização da chamada esfera pública. Na perspectiva de Seyla Benhabib,¹⁴¹ a esfera pública se concretiza na esfera da sociedade civil e a esta cabe exercer a atividade deliberativa. Já na perspectiva de Rawls, é o Estado e seu aparato que se constitui enquanto esfera pública. Neste autor, é o poder judiciário

to settle such fundamental questions as: who has the right to vote, or what religions are to be tolerated, or who is to be assured fair equality of opportunity, or to hold property". (RAWLS, John. **Political liberalism**. New York : Columbia University Press, 1993. p. 214). "Numa sociedade democrática a razão pública é a razão de cidadãos iguais os quais, como um corpo coletivo, exercitam o poder político final e coercitivo uns sobre os outros, fazendo leis e emendando a constituição. O primeiro ponto é que os limites fixados pela razão pública não se aplicam a todas as questões políticas, mas tão somente àquelas que envolvem questões que podemos chamar de "essencialmente constitucionais" e questões de justiça básica...Isto significa que os valores políticos sozinhos esclarecem questões fundamentais como: quem tem o direito de voto, ou quais religiões devem ser toleradas, ou a quem deve ser assegurada justa igualdade de oportunidade, ou ter propriedade."

¹⁴⁰Rawls define a justiça como "fairness" e princípios de justiça, neste sentido, seriam "(...) are the principles that free and rational persons concerned to further their own interests would accept in an initial position of equality as defining the fundamental terms of their association". (RAWLS, **A theory...**, op. cit., p. 11). "(...) são princípios que pessoas livres e racionais preocupadas com o desenvolvimento de seus próprios interesses iriam aceitar numa posição de igualdade inicial como definindo os termos fundamentais de sua associação."

¹⁴¹ BENHABIB, **Towards a...**, op. cit., p. 74-77.

(representado principalmente pela figura da Suprema Corte norte-americana) o principal condutor do que se chama de deliberação.¹⁴²

3.2.2 Limites

O ponto central do processo de deliberação é a tentativa da transformação de interesses e/ou prioridades, que antes os sujeitos participantes deste processo possuíam, em prol de interesses mutuamente acordados. Para tanto, no centro deste processo reside a necessidade de serem oferecidas ao debate razões que possam ser aceitas por todos, que todos considerem justificáveis. Isto implica em três princípios básicos, a governarem tal procedimento: reciprocidade, publicidade e responsabilidade e “Each addresses an aspect of the reason-giving process: the *kind* of reasons that should be given, the *forum* in which they should be given, and the agents *to whom* and *by whom* they should be given.”¹⁴³

Na realidade, pode-se conceber a publicidade como um elemento externo, formal, do processo de deliberação, enquanto a responsabilidade dos agentes respeita a forma pela qual o debate é conduzido e também os fins que se tenha em mente. A idéia de reciprocidade, por outro lado, está implícita na idéia de deliberação. Isto não significa que os outros princípios a estes se subordinem ou que dele derivem, mas quer significar, sim, que as características gerais da deliberação estão nele compreendidas. Este princípio da reciprocidade contém a idéia de apresentar uma justificação que possa por todos ser aceita, tendo como motivação o desejo de justificação perante os outros, sendo realizada através da deliberação e tendo como objetivo final a produção de um acordo quanto a meios ou fins.

Aqui reside uma limitação desta teoria. Ao colocar a reciprocidade como elemento central da idéia de deliberação, também a concebe como um princípio que, no fundo, vai permitir dar forma aos princípios da liberdade e igualdade. Por

¹⁴² Para uma comparação mais detalhada dos pontos em que estes autores convergem e discordam, ver: MOUFFE, Chantal. For an agonistic model of democracy. In: O’SULLIVAN, Noel (Ed.). **Political theory**, *op. cit.*

¹⁴³ “Cada um se endereça a um dos aspectos do processo de fornecer razões: o tipo de razões que devem ser apresentadas, o fórum onde as mesmas serão expressas, e os agentes para os quais e os quais fornecerão estas razões” (GUTMAN, Amy; THOMPSON, Dennis. **Democracy and disagreement**. Why moral conflict cannot be avoided in politics, and what should be done about it. Cambridge : Harvard University Press, 1996. p. 52).

implicar em algo mútuo, ou comprometimento mútuo entre os participantes envolvidos, parte-se do pressuposto de que todos participarão não somente de forma simétrica (dentro do que foi anteriormente exposto) mas que a participação de todos será sempre realizada de maneira *comprometida* com os princípios que devem reger, por definição, tal procedimento. Ou seja, todos devem participar de tal processo com o intuito de chegar a um arrazoado tal que permita determinadas conclusões e à tomada de decisões que atendam ao interesse de todos dentro do consenso que foi possível produzir. Parte-se, assim, do *a priori* de que a participação de todos é a **melhor possível**, isto significando que as razões apresentadas serão sempre verdadeiras ou corretas sob um ponto de vista formal. Desconsidera-se, por completo, a possibilidade de que os participantes possam deliberadamente partir de falsos pressupostos, apresentar razões que, embora aceitáveis para os outros (por um falso entendimento ou má-compreensão), não sejam as melhores possíveis e assim por diante. Os indivíduos envolvidos no processo seriam capazes de serem movidos de forma racional, desprovidos de paixões ou interesses pessoais ou deixando estes de lado, em prol da obtenção de um acordo que possa ser referendado por todos. Nesta ótica, a realidade da manipulação política (fato inafastável da vida política) permanece completamente obscurecida. Ou seja, a situação visualizada corresponde a um ideal, e não exatamente à realidade da vivência e experiência democráticas. Ainda dentro deste mesmo particular, existe o pressuposto de que a comunicação a ser realizada envolve indivíduos livres e iguais. Livres e iguais num sentido ideal, sem que se responda às questões “livres em que sentido ou livres do quê e para quê” e “iguais em que medida”. Efetivamente, existem determinadas questões que restam sem resposta ao se pensar a democracia deliberativa adequada às sociedades complexas, tais como: a) existe alguma relação entre igual acesso ao processo de deliberação e igual auferição de renda? b) a desigualdade na distribuição de renda, na educação, no acesso à informação, ou a apatia podem constituir uma ameaça à participação simétrica de todos durante o procedimento de deliberação? c) em que medida a democracia deliberativa pode ser vista como uma resposta teórica, uma determinada forma de analisar a realidade existente ou, ao contrário, ser entendida como um ideal para as modernas sociedades?

Mesmo sem entrar em considerações de ordem prática, um outro limite desta teoria ainda pode ser percebido. Na ótica da democracia deliberativa parte-se da premissa do fato irreduzível do pluralismo, entendido enquanto impossibilidade de se chegar a um acordo racional quanto a determinados valores, filosofias de vida e outros. Justamente no reconhecimento do pluralismo e na aceitação da impossibilidade da obtenção de uma visão de bem comum que seja compartilhada por todos os indivíduos e que possa, por isto mesmo, ser imposta a todos, reside a necessidade de se buscar um acordo, ou consenso, não quanto a estes valores, ou tentando a obtenção de um ideal que possa por todos ser compartilhado, mas sim quanto à forma que deve obedecer a tomada das decisões políticas, bem como (principalmente na versão de Rawls) a agenda dos temas que podem ser abordados e, ainda, visando à obtenção de um consenso racional sobre a vivência política da comunidade. Porém, resta a questão de como seria possível ao mesmo tempo respeitar o fato do pluralismo e compatibilizá-lo com esta necessidade da obtenção de um acordo moral quanto a princípios, que seja mais do que acordo quanto a procedimentos.

A maneira encontrada para permitir a compatibilização do pluralismo com esta necessidade de um consenso moral é através da determinação de um espaço não sujeito ou não perpassado pelo fato do pluralismo, de forma que um consenso pudesse ser estabelecido sem exclusão. Aqui reside a clivagem postulada por esta matriz entre o público e o privado. No reino privado podem coexistir uma série de diferentes concepções quanto a valores, filosofias de vida e etc. Já no reino público o fato do pluralismo é eliminado, eliminando-se conseqüentemente a idéia de conflito e se chegando ao ideal de uma comunicação hábil a produzir o consenso moral capaz de unificar a sociedade política, ao mesmo tempo em que este funciona como justificação política desta mesma sociedade. Esta separação entre o público e o privado, ou entre o domínio da ética (onde existem diferentes concepções de bem) e o da moral (onde uma postura estritamente procedimental pode levar ao estabelecimento de princípios universais, com os quais todos possam acordar), feita por Rawls e Habermas, respectivamente, quer no fundo reafirmar uma concepção política determinada, que é o liberalismo. Para que diferentes concepções possam coexistir, é necessário que o espaço público esteja purificado, seja neutro em relação a elas, as quais existem apenas na esfera privada. Esta é a manifestação

clássica do pensamento liberal, relegando a diferença ao reino privado, e esterilizando o reino público de qualquer possibilidade de contestação.¹⁴⁴

A discussão acerca da democracia na atualidade é realizada a partir de vários aportes teóricos, dependendo do tipo de questão que se tenta responder. Com certeza, as questões colocadas no âmbito da filosofia política não necessariamente serão as mesmas que aquelas colocadas no âmbito da ciência política, da teoria econômica, da sociologia e assim por diante. Nem as respostas alcançadas serão as mesmas e com certeza também os aportes teóricos serão diferentes. Com isto se quer afirmar que, conforme referido no início deste capítulo, a delimitação da discussão a ser realizada atende a uma determinada finalidade e se circunscreve a um campo específico de conhecimento, situado nos limites da filosofia política e também da filosofia do direito. Eis o porquê desta discussão centrar-se na análise das duas matrizes, realizada até agora, e também na análise da chamada democracia radical, objeto do próximo capítulo. Se até a década de 60 a chamada democracia agregativa se constitui na grande referência teórica dentro do pensamento democrático, a partir da década de 70 houve um deslocamento no eixo da análise e, com isto, a chamada democracia deliberativa tornou-se o centro das atenções no debate realizado no campo da filosofia política. Centralizando a análise na ótica da razão, esta teoria não dá conta de explicar a importância que as paixões ocupam enquanto mola propulsora das ações individuais e coletivas. Justamente com a intenção de ampliar o campo de análise, de maneira a entender a importância que também os interesses e as paixões desempenham no cenário político - ao lado de uma racionalidade não somente instrumental - surge a chamada democracia radical. O pano de fundo inerente à análise da democracia radical - como o é em relação à democracia deliberativa - é o de repensar a democracia, notadamente a democracia liberal, visando à descoberta de caminhos que permitam a

¹⁴⁴Uma crítica a esta distinção entre o público e o privado, bem como quanto ao terreno da ética e da moral pode ser encontrada em maior profundidade na obra de Chantal Mouffe e será de novo referida, com maiores detalhes, no quarto capítulo deste trabalho, quando da análise da democracia radical.

reformulação do ideal democrático, e a sua conseqüente viabilidade para as chamadas sociedades complexas deste final de século. A maneira como a democracia radical pretende responder a tal necessidade é o que será analisado a seguir.

4 A RECOLOCAÇÃO DA QUESTÃO DEMOCRÁTICA NA ÓTICA DA DEMOCRACIA RADICAL. A DEMOCRACIA ALÉM DA RAZÃO

"Radical democracy demands us that we acknowledge difference - the particular, the multiple, the heterogeneous - in effect, everything that had been excluded by the concept of Man in abstract".¹⁴⁵

Se no modelo de democracia agregativa o eixo central são os interesses e, no modelo deliberativo, a razão, a teoria da democracia radical insere outro elemento nesta discussão, qual seja, o das paixões. Segundo esta corrente, três são as motivações para os indivíduos atuarem: os interesses, a razão e as paixões¹⁴⁶. Ao introduzir o elemento passional na filosofia política, a matriz da democracia radical pretende ampliar o campo de análise das motivações das ações humanas para fora do debate interesse X razão. Partindo-se do reconhecimento da importância das paixões no âmbito político¹⁴⁷, o que se procura é pensar um novo modelo de democracia que resgate a importância do pluralismo e que possa pensar uma nova forma de articulação - dentro da perspectiva da democracia - para os princípios liberais de liberdade e igualdade.

¹⁴⁵ "A democracia radical exige que reconheçamos a diferença - o particular, o múltiplo, o heterogêneo -, tudo o que, na realidade, tenha sido excluído pelo conceito abstrato de Homem. (MOUFFE, **The return...**, *op. cit.*, p. 13).

¹⁴⁶ A este respeito ver a entrevista Movilizar las pasiones democráticas - *El pluralismo y el regreso de lo político*, dada por Chantal MOUFFE ao **Seminário de Política y Cultura**, México, n. 190, p. 21-27, sep. 1996.

¹⁴⁷ A partir de Claude Lefort, Chantal Mouffe faz uma diferença entre o que ela chama de "politics" e "the political". "Politics", aqui traduzido por política, significa o conjunto das práticas, discursos e instituições que têm por objetivo organizar a convivência humana dentro de situações potencialmente conflitivas. "The political" será traduzido por "o político" e significa a dimensão de antagonismo inerente às relações humanas, o qual pode assumir várias formas e emergir em diferentes tipos de relações sociais. (MOUFFE, **For an...**, *op. cit.*, p. 18). Esta distinção será utilizada no decorrer do capítulo.

Desta forma, o que se pretende, neste momento, é explicitar o eixo desta matriz teórica, bem como demonstrar em que medida ela pode se constituir em uma solução, ainda que provisória, para a construção de uma sociedade verdadeiramente democrática nesta virada de século e milênio, na medida em que avança nas propostas teóricas consubstanciadas pelas teorias da democracia agregativa e deliberativa.¹⁴⁸ Quer-se mostrar a impossibilidade da existência de uma “resposta certa para a democracia”. A partir do reconhecimento do caráter contingente e aberto da sociedade política, bem como do caráter também contingente e aberto da construção da identidade dos atores políticos, é possível questionar a possibilidade de um acordo quanto aos interesses, alvo da democracia agregativa, e também colocar em questão a possibilidade de um acordo final, racional, quanto a meios e fins da ação política, nos moldes democráticos, intenção da teoria da democracia deliberativa. Ao mesmo tempo, a partir da explicitação dos conceitos-chave constitutivos desta corrente de pensamento, pretende-se refletir sobre a articulação entre o direito e a democracia, a partir da compreensão de que aquele pode ser um importante instrumento para a realização de uma sociedade democrática¹⁴⁹.

A teoria da democracia radical parte da constatação de que a chamada revolução democrática¹⁵⁰ constitui um marco na história do pensamento político e inicia um novo tempo para a chamada filosofia política. E não somente neste plano pois, também sob o ponto de vista epistemológico, tal importância pode ser percebida. Inicialmente será analisado o que vem a ser a chamada revolução democrática, bem como suas principais consequências, com ênfase no sentido de ruptura que esta representa.

A partir disto, o que se pretende é a elucidação daquele que vem a ser o mais importante conceito para a construção de uma sociedade democrática, qual

¹⁴⁸ É importante ressaltar que o estudo da democracia radical estará consubstanciado na análise do pensamento de Chantal Mouffe, a qual vem desenvolvendo um importante trabalho na filosofia política, sempre tomando como referencial a problemática da democracia.

¹⁴⁹ Tal articulação começará a ser analisada neste capítulo, para se constituir no objetivo central dos capítulos que lhe sucederão.

¹⁵⁰ Alguns historiadores afirmam que a expressão “revolução democrática” aparece pela primeira vez logo na primeira página da introdução do livro *Democracia na América*, de Alexis de Tocqueville. Ver TOCQUEVILLE, Alexis. **A democracia na América**. Belo Horizonte : Itatiaia, 1977. p. 11: “Uma grande revolução democrática acha-se em curso entre nós; todos a vêem; nem todos, no entanto, a julgam da mesma maneira. Consideram-na uns como coisa nova e, tomando-a por um acidente esperam ainda poder detê-la, ao passo que outros a julgam irresistível, porque se lhes afigura o fato mais contínuo, mais antigo e mais permanente já conhecido na História.”

seja, o conceito de cidadania. Pensar a democracia implica em pensar quem são os seus sujeitos, e como eles se situam na chamada comunidade política. O sujeito da democracia liberal, nos moldes em que a mesma existe presentemente, não é o mesmo sujeito de uma sociedade radicalmente democrática. Para se chegar à compreensão do que seria a cidadania nesta perspectiva, impõe-se discutir a chamada visão liberal acerca da mesma - centrada no indivíduo e nos direitos individuais - e a visão chamada comunitarista, que a concebe a partir de um determinado modo de inserção do indivíduo na sociedade e ressaltando a importância da tradição e dos valores compartilhados enquanto elementos definidores do cidadão. A visão *radical* de cidadania procura resgatar, em cada uma destas concepções, seus elementos positivos, ao mesmo tempo em que elabora um conceito para a mesma que vai além da perspectiva liberal e da perspectiva do comunitarismo.

Explicitada esta nova concepção de cidadania, o objetivo passa a ser o de estudar, finalmente, em que se constitui esta matriz. Tal abordagem será realizada a partir da análise semântica dos termos presentes em sua nomenclatura - democracia *radical* e *plural* - para, então, pensar a articulação entre ambos e a maneira como esta matriz objetiva responder à chamada crise da democracia liberal. Neste momento também se pretende introduzir a problemática da interpretação e aplicação do direito, partindo-se da constatação de que o direito constitui um dos elementos definidores da comunidade política, ao mesmo tempo em que é por esta significado. Diferentemente do que foi realizado no capítulo anterior, onde tópicos específicos foram introduzidos para tentar sumarizar os limites das teorias apresentadas, aqui se pretende a reflexão sobre os limites desta teoria no próprio momento da sua ocorrência no campo de análise.

4.1 A REVOLUÇÃO DEMOCRÁTICA

Por detrás da teoria da democracia radical existe embutido um otimismo irrefutável quanto à possibilidade da elaboração do que poderia ser chamado de

uma teoria democrática pós-moderna.¹⁵¹ Atrás deste otimismo está a idéia que a pós-modernidade é característica de uma crise no projeto epistemológico da modernidade e não no seu projeto político. Partindo de uma distinção estabelecida por Hans Blumenberg no livro *The Legitimacy of the Modern Age*¹⁵², Mouffe faz uma objetiva separação entre os dois projetos constitutivos do Iluminismo: por um lado, o projeto epistemológico, significado pela idéia de auto-fundação (*self-foundation*) e, por outro lado, o projeto político, significado pela idéia de auto-afirmação (*self-assertion*).¹⁵³ Segundo ela, tanto Habermas quanto Lyotard tendem a assimilar estes dois projetos. Em Habermas isto vai implicar na tentativa de elaboração de uma filosofia universalista, objetivando a defesa de um

¹⁵¹ O chamado pós-modernismo é ainda de difícil conceituação, se o que se objetiva é uma formulação exata dos seus elementos constitutivos. A utilização do termo, no contexto deste trabalho, vai se dar muito mais em função de se estabelecer um paralelo com uma determinada concepção de política, característica da modernidade e do pensamento liberal, do que no sentido de situá-lo precisamente no contexto de uma chamada epistemologia pós-moderna, ainda que ambas não estejam completamente dissociadas. Também é importante frisar que não se pretende estabelecer um momento de ruptura entre o que se convenciou chamar de modernidade e pós-modernidade. Pós-modernidade, aqui, vai ser entendida muito mais no sentido de ressaltar algumas das deficiências existentes no pensamento moderno para, então, pensar como as mesmas poderiam ser revistas.

¹⁵² BLUMENBERG, Hans. *The legitimacy of the modern age*. Cambridge : MIT Press, 1983. Uma nítida separação entre estes dois aspectos da modernidade permite a recusa dos ideais de universalidade e de uma específica forma de racionalidade, características do seu projeto epistemológico, sem que esta renúncia tenha que implicar na renúncia do projeto político, significada por uma maneira de entender a ação política a partir do homem, bem como a organização da sociedade política sendo de sua responsabilidade. Este projeto político passa a ser significado, a partir do século XVIII, pelo pensamento democrático e, a partir do século XIX, passa a ser significado pela articulação entre o ideal liberal e o ideal democrático. Blumenberg faz uma crítica explícita à confusão destes dois projetos, bem como afirma a continuidade entre a Idade Média e a Idade Moderna. Segundo este autor, a modernidade se caracteriza pela tentativa de buscar novas respostas, através de uma nova maneira de pensar, para questões que na realidade eram pré-modernas. Ele critica, também, a tentativa de dissociação da modernidade com os momentos históricos que lhe são anteriores. Neste sentido: "Thus a claim was made to the absolute beginning of the modern age, the thesis of its independence from the outcome of the Middle Ages, which the Enlightenment was to adopt as part of its own self-consciousness. The exigency of self-assertion became the sovereignty of self-foundation, which exposes itself to the risk of being unmasked by the discoveries of the historicism, in which beginnings were to be reduced to dependences. The weak point of modern rationality is that the uncovering of the medieval 'background' of its protagonists can put in question the freedom from presuppositions of which it claimed to have availed itself as the essence of its freedom". "Foi então afirmado o começo absoluto da idade moderna, a tese da sua independência em relação à Idade Média, a qual o Iluminismo estaria por adotar como parte de sua própria auto-consciência. A exigência de auto-afirmação torna-se o soberano da auto-fundação, a qual expõe em si mesma os riscos de ser desmascarada pelas descobertas do historicismo, cujo começo estaria por ser reduzido a dependências. O ponto fraco da racionalidade moderna é que descobrindo o 'background' medieval de seus protagonistas pode ser colocada em questão a liberdade de suas pressuposições em relação às quais este afirmava ter permitido a si mesmo como a essência de sua liberdade." (p. 184). Ainda neste sentido: "An absolute beginning in time is itself, in its intention, timeless." "Um começo absoluto em tempo é, em si mesmo, em suas intenções, atemporal". (p. 146). Um dos elementos que permitiram o chamado surgimento do pensamento moderno foi o processo de secularização, o qual já foi discutido no Capítulo 1.

ideal liberal de democracia, construída a partir do ideal de estabelecimento de um consenso racional, o que é feito a partir da assimilação entre os referidos aspectos. E, em Lyotard, esta assimilação estaria significada pelo abandono do projeto político liberal, para evitar qualquer projeto universalista. Reconhecendo a possibilidade destes dois projetos serem concebidos de forma diferenciada, esta matriz teórica parte do pressuposto de que é possível defender o projeto político da modernidade sem que isto implique a vinculação a uma forma específica de racionalidade.¹⁵⁴ Também se tem como objetivo a desvinculação do liberalismo político do racionalismo característico do Iluminismo, ao mesmo tempo em que se pretende libertar o pensamento político liberal da sua associação ao modo capitalista de produção e da sua vinculação com o liberalismo econômico.¹⁵⁵

Em primeiro lugar, cumpre ressaltar que esta proposta se auto-qualifica, dentro da tradicional dicotomia direita/esquerda, como sendo uma proposta de esquerda. Segundo Mouffe: "(....) the objective of the Left should be the extension and deepening of the democratic revolution initiated two hundred years ago". E continuando: "Such a perspective does not imply the rejection of liberal democracy and its replacement by a completely new political form of society, as the traditional idea of revolution entailed, but a radicalization of the modern democratic tradition".¹⁵⁶ A democracia liberal não necessitaria ser descartada, como algo a ser repudiado, mas, ao contrário, necessita de uma crítica capaz de apontar as suas deficiências, bem como buscar novos caminhos para superá-la. Implícita nesta afirmação está a idéia de que não é possível encontrar princípios mais radicais de organização de qualquer sociedade do que aqueles consubstanciados nos princípios liberais de igualdade e liberdade, ou seja, a afirmação de que todos os indivíduos são livres e iguais.

O que é característico da modernidade, a partir da chamada revolução democrática, é a concepção de que o poder é um lugar vazio, ou seja, nenhum

¹⁵³ MOUFFE, *The return...*, *op. cit.*, p. 10.

¹⁵⁴ A este respeito, conferir o artigo *Radical democracy : modern or post-modern*, inserido no livro mencionado acima.

¹⁵⁵ Neste sentido, conferir o Capítulo 2, p. 64-65. Estas idéias estão bastante discutidas no livro *The life and times of liberal democracy*, de C.B. MACPHERSON, já citado.

¹⁵⁶ "O objetivo da Esquerda deveria ser a extensão e o aprofundamento da revolução democrática iniciada duzentos anos atrás." E continuando: "Esta perspectiva não implica na rejeição da democracia liberal e sua substituição por uma forma completamente nova de sociedade, como a tradicional noção de revolução implica, mas a radicalização da tradição

indivíduo ou grupo pode ocupar o *locus* do poder, o que poderia conduzir a uma imaginária unificação da sociedade. Utilizando-se, em grande parte, da análise que Lefort faz da revolução democrática, Mouffe se apegua ao caráter de indeterminação e contingência que significam tal revolução.

Para Lefort, a revolução democrática acontece quando a pessoa do soberano, ou rei, deixa de funcionar como imagem ideal e âncora de uma sociedade unida, quando "(....) the body politic was decapited and when, at the same time, the corporality of social was dissolved."¹⁵⁷ Até aquele momento, o rei encarnava em seu corpo o ideal de uma sociedade unida, simbolicamente capaz de significar em seu corpo a unidade da sociedade. A hierarquia existente entre governante e governados, nesta ordem simbólica, era justificada em uma ordem natural, não sujeita ao questionamento humano, posto que apoiada numa visão orgânica e mística da sociedade, ao mesmo tempo. É justamente isto que se transforma com o advento da democracia, implicando em uma alteração da ordem simbólica até então dominante na sociedade. A democracia acontece com a despersonificação do poder, com a historicização dos fins da sociedade e a concepção de que o povo é soberano.

É justamente neste contexto que se insere a afirmação de Lefort de que o poder se torna um lugar vazio (*the locus of power becomes an empty place*) e, por consequência, "(...) it cannot be occupied - it is such that no individual and no group can be consubstantial with it - and it cannot be represented."¹⁵⁸ A abertura que tal visão proporciona implica em uma total mudança no tocante às bases de coesão social. A democracia passa a ser significada através da dissolução dos sinais de certeza (expressão de Lefort) e traz em si a experiência "(....) of a fundamental indeterminacy as to the basis of power, law and knowledge, and as

democrática moderna". (MOUFFE, Chantal (Ed.). *Democratic politics today* In: _____. **Dimensions of radical democracy**. Pluralism, citizenship, community. London : Verso, 1992. p.1).

¹⁵⁷ "(....) quando o corpo político foi decapitado e quando, ao mesmo tempo, a corporalidade do social foi dissolvida." LEFORT, Claude. **The image of the body and totalitarianism. in Political forms of modern society** : bureaucracy, democracy, totalitarianism. Cambridge : MIT Press, 1986. p. 303.

¹⁵⁸ "(...) ele não pode ser ocupado - ele é tal que nenhum indivíduo e nenhum grupo pode ser nele consubstanciado - e ele não pode ser representado." (LEFORT, Claude. *The question of democracy*. In: _____. **Democracy and political theory**. Minneapolis : Minneapolis University Press, 1988. p. 17).

to the basis of relations between **self** and **other**, at every level of social life.”¹⁵⁹
 Com a ruptura ocorrida, a incerteza se generaliza, a partir da ausência de uma ordem divina ou natural totalizadora, tornando todos os aspectos da sociedade questionáveis em si mesmos. Conforme coloca Lefort:

There is no law that can be fixed, whose articles cannot be contested, whose foundations are not susceptible of being called into question...There is no representation of a center and of the contours of society: unity cannot now efface social division. Democracy inaugurates the experience of an ungraspable, uncontrollable society in which the people will be said to be sovereign, of course, but whose identity will constantly be open to question, whose identity will remain latent.¹⁶⁰

Nesta idéia de abertura de sentido, paralela à noção de que a vontade do povo é algo que não pode ser desvinculado de um momento histórico concreto, constituído através de relações de poder e significado por um determinado modo de concepção da cidadania, está compreendida a noção de que os direitos dos indivíduos não podem jamais ser tomados como dados ou pré-estabelecidos. Ou seja, somente a partir da inscrição do indivíduo na sociedade, e do interrelacionamento entre os diversos indivíduos, é que podem ser analisados os direitos individuais. Neste sentido, os indivíduos não teriam em comum uma vontade geral, capaz de ser identificada com a somatória das vontades individuais, a partir de uma única noção de bem comum. O que é característico da soberania popular, da vontade popular, nesta perspectiva, é um conjunto de direitos sempre sujeitos à transformação, o espaço público onde se realiza o debate acerca da legitimidade ou ilegitimidade das instituições sociais, e o compromisso com o debate que se exercita nesta esfera.¹⁶¹

¹⁵⁹ “(....) de uma fundamental indeterminação como base do poder, lei e conhecimento, e como base das relações entre o **eu** e o **outro**, em cada um dos níveis da vida social”. (*Id. ibid.*, p. 19). A ênfase é do autor.

¹⁶⁰ “Não existe lei que possa ser fixada, cujos artigos não possam ser contestados, cujas fundações não possam ser suscetíveis de serem trazidas ao questionamento...Não existe representação de um centro e dos contornos da sociedade: a unidade não pode agora apagar a divisão social. A democracia inaugura a experiência do que não pode ser apreendido, uma incontrolável sociedade na qual a vontade do povo será chamada de soberana, é claro, mas cuja identidade estará constantemente aberta ao questionamento, cuja identidade permanecerá sempre latente.” (LEFORT, *The image...*, *op. cit.*, p. 303-304).

¹⁶¹ Para um melhor esclarecimento acerca da revolução democrática e da maneira pela qual ela é pensada por Lefort, bem como a problemática da delimitação do conceito de povo, na ótica da democracia, conferir KEENAN, Alan Joyce. **The democratic question** : on the rule of the people and the paradoxes of political freedom. Maryland, 1995. Tese (PhD em Filosofia). Universidade Johns Hopkins. O Capítulo 1 deste trabalho contém uma aprofundada análise sobre estas questões e as mesmas contribuíram para a compreensão do caráter aberto e contingente da

Nesta mesma linha de raciocínio, a indeterminação de sentido característico da democracia implica em que a mesma questione a si mesma todo o tempo. A ausência de uma fonte superior de lei, poder ou conhecimento, implica que o legítimo e o ilegítimo não façam parte de nenhuma possível resposta absoluta. Ao contrário, é a sua constante rediscussão, dentro do espaço público, que lhe confere sentidos determinados. Ou seja, o que vem a ser legítimo, nesta perspectiva, está sempre sujeito à possibilidade de questionamento, aberto ao debate, não se fundando em nenhuma resposta *a priori*. No reino da política não prevalece a *verdade* e historicamente sempre existiu um conflito entre esta, entendida no sentido de verdade racional e a política. Cada esfera (filosofia/política) possui critérios diferentes de validação e legitimação e o nível do político não permite o estabelecimento de verdades universais. O contrário da verdade seria a opinião e é esta um dos requisitos do poder. No dizer de Hannah Arendt: “Às flexíveis opiniões do cidadão acerca dos assuntos humanos, os quais por si próprios estão em fluxo constante, contrapunha o filósofo a verdade acerca daquelas coisas que eram por sua mesma natureza sempiternas e das quais, portanto, se podiam derivar princípios que estabilizassem os assuntos humanos”¹⁶². Assim, o direito e os *direitos*, sempre estão sujeitos a uma intrínseca abertura de sentido, não havendo jamais um supremo juiz que lhes possa outorgar um sentido definitivo. Nesta constatação está compreendida a percepção de que o conflito é inevitável, de que todas as decisões políticas são contestáveis, e de que o desacordo, ou dissenso, é interminável, posto que não há sinalizadores de caminho que conduzam a respostas finais e definitivas. As respostas serão sempre provisórias, e em menor número que as questões que estas mesmas suscitam. No dizer de

democracia, nos moldes em que ela é formulada por Lefort. Este trabalho contribuiu para o esclarecimento de várias das questões levantadas por Lefort nos livros mencionados acima.

¹⁶²ARENDT, Hannah. **Entre o passado e o futuro**. São Paulo : Perspectiva, 1997. p. 289. O campo da política é o campo da opinião, ou *doxa*, e não o campo da verdade. Ao final desta mesma página e início da página seguinte, Arendt continua: “Ao mesmo tempo, toda pretensão, na esfera dos assuntos humanos, a uma verdade absoluta, cuja validade não requeira apoio do lado da opinião, atinge na mesma raiz toda política e todos os governos. Esse antagonismo entre verdade e opinião foi elaborado por Platão (especialmente no *Górgias*) como o antagonismo entre a comunicação em forma de “diálogo”, que é o discurso adequado à verdade filosófica, e em forma de retórica, através do qual o demagogo, como hoje diríamos, persuade a multidão.” O capítulo VII deste livro, intitulado Verdade e Política (pp. 282-325), faz uma profunda análise sobre a impossibilidade da *verdade* na esfera política, marcada pela *opinião*.

Keenan “Democracy mantains itself only through the collective resistance to its own desire for perfect and final closure”.¹⁶³

Sem dúvida Mouffe se apóia na visão lefortiana da revolução democrática, ao elaborar uma visão de democracia constituída a partir da idéia de contingência, pluralismo e indeterminação e, também, ao atribuir importância fundamental à noção de conflito, enquanto elemento inerradicável das sociedades democráticas (ainda que, conforme será visto, ela também se apóie, neste particular, na posição de Carl Schmitt, o que pode parecer, à primeira vista, completamente contraditório).

Segundo Mouffe, é possível conceber a revolução democrática como um traço característico da modernidade, verificável também em aspectos culturais, e não somente políticos, da sociedade. Ao mesmo tempo, isto permite repensar a relação entre a modernidade e a pós-modernidade. Continuando nesta linha de raciocínio, a autora afirma ser distintivo da pós-modernidade, na filosofia política, o reconhecimento da impossibilidade de se obter uma fundação suprema ou legitimação final, a qual é caracterizadora da modernidade. Este reconhecimento viria após as sucessivas falhas do projeto de substituir Deus, ou a Natureza, como fundações, pelo Homem e sua Razão. Ela afirma: “These attempts were doomed to failure from the start because of the radical indeterminacy that is characteristic of modern democracy.”¹⁶⁴ O político, na perspectiva democrática, é condicional ao reconhecimento do caráter indeterminável do que venha a ser considerado *universal* e à rejeição de todas as tentativas de lhe fixarem um sentido final. Entretanto, diferentes forças políticas irão sempre entrar em conflito, na tentativa de tornar hegemônica uma determinada concepção do que isto signifique. Estas tentativas irão implicar que mais e mais significados se tornem vazios, desprovidos de um sentido prévio, e é justamente este caráter vazio, não-determinado, de alguns conceitos chaves na teoria política (“povo”, “ordem”, “bem comum” e outros), que permite a eles funcionarem ou servirem de base às mais diversas concepções valorativas experimentadas por uma sociedade. Isto porque mais e mais pessoas poderão se inserir na discussão da agenda política, à

¹⁶³ “A democracia mantém a si mesma somente através de uma coletiva resistência ao seu próprio desejo de um fechamento final e perfeito” (KEENAN, *The democratic...*, *op. cit.*, p. 124).

¹⁶⁴ “Estas tentativas estavam determinadas a falhar desde o início por causa da radical indeterminação que é característica da democracia moderna.” (MOUFFE, *Dimensions of...*, *op. cit.*, p. 12).

medida em que elaboram seus próprios conceitos-chave. E, assim, negociação e compromisso poderão melhor se desenvolver na perspectiva da democracia.¹⁶⁵

Consoante exposto no início, o projeto epistemológico da modernidade, identificado com uma perspectiva universalista e com uma racionalidade específica, pode ser abandonado, sem que isto implique no abandono de seu projeto político, que é a realização da liberdade e igualdade para todos. Para que isto possa ser realizado, é necessário compreender que tipos de lutas democráticas se travam na atualidade, bem como pensar novas formas de compreensão do público e do privado, da noção de cidadania, bem como particularizar uma concepção de política que se funda na idéia de dissenso e reconheça o pluralismo não somente como um fato inerradicável da vida social, mas como um valor em si mesmo.

Para que isto seja viável, na ótica da democracia radical, é preciso, primeiramente, formular uma nova concepção de sujeito, a qual seja capaz de explicitar o caráter descentralizado, não-total de cada sujeito: "Such an approach can only be adequately formulated within a problematic that conceives of the social agent not as a unitary subject but as the articulation of an ensemble of subject positions, constructed within specific discourses and always precariously and temporarily sutured at the intersection of those subject positions"¹⁶⁶. Isto vai implicar em uma nova concepção de cidadania, a qual seja capaz de compreender esta abertura de sentido e ressituar o sujeito no conjunto das lutas travadas dentro de uma sociedade democrática, objeto do próximo item. Ao mesmo tempo, como não é possível a proliferação infinita do conflito, e como algum tipo de fechamento se faz necessário, isto também vai exigir a produção de um consenso quanto às regras que devem prevalecer na sociedade, espaço teórico que deve ser ocupado por uma teoria da aplicação do direito capaz de fornecer este fechamento provisório, sem retirar da esfera política a resposta última das questões políticas. Ou seja, uma teoria da adjudicação que,

¹⁶⁵ No entanto, conforme será explicitado no decorrer do capítulo, a democracia exige um certo grau de fechamento, sob pena de inviabilizar-se. Com isto se quer dizer que existe um limite para o pluralismo e o conflito, na ótica democrática.

¹⁶⁶ "Tal perspectiva só pode ser adequadamente formulada dentro de uma problemática que conceba o agente social não como um sujeito unitário mas como a articulação de um conjunto de posições de sujeito, construída dentro de discursos específicos e sempre precariamente e temporariamente suturada na intersecção destas posições de sujeito". MOUFFE, Chantal. *Citizenship and the political community*. In: _____. *The return...*, *op. cit.*, p. 71.

reconhecendo a relação necessária entre o jurídico e o político, não tenha a pretensão de fornecer respostas jurídicas a questões que devem ser respondidas no cenário da ação política.

4.2 A CIDADANIA NA PERSPECTIVA DA DEMOCRACIA RADICAL

Conforme já foi explicitado no Capítulo 2 deste trabalho, a articulação entre liberalismo e a democracia consolidou-se a partir do século XIX. A articulação entre estas duas tradições distintas de pensamento deu-se a tal nível que, hoje, a democracia é pensada como sendo democracia liberal. Ao contrário do que possa parecer, esta articulação é contingente, e não necessária.

Também conforme já foi visto o liberalismo, embora nunca tenha se constituído em uma única e consistente doutrina, inclui em seu ideário a defesa da liberdade individual e dos direitos individuais, o reconhecimento do pluralismo, a separação dos poderes, a limitação do papel do Estado, um individualismo racionalista e, na vertente econômica, a defesa do modo de produção capitalista, com a idéia de mercado livre. A tradição democrática, diferentemente, sempre foi identificada com a idéia de soberania popular, sufrágio universal e equidade. Esta articulação se produziu a partir de diversas lutas travadas no interior do espaço público e significou, simultaneamente, que houvesse o que poderia ser chamado de “democratização do estado liberal” e uma “liberalização da democracia”, de maneira que houvesse uma provisória acomodação entre estes dois ideais. O liberalismo restringiu a democracia ao espaço público, isolando o espaço privado do jogo democrático, onde se realizam as relações de produção e reduzindo a democracia à disputa entre elites políticas que competem pelo voto das massas. Em contraposição, começou a haver uma demanda cada vez maior pela criação de condições efetivas de bem-estar por parte do Estado. Isto acabou por fragilizar a rígida separação entre o público e o privado. Porém, a maneira como estas duas tradições se unem implicará sempre na idéia de conflito, tensão entre pólos opostos: o da democracia representado pelos princípios de unidade, comunidade e equidade; o liberal representado pelos ideais de pluralismo, individualismo e liberdade.

Tudo isto implica que, no tocante à cidadania, vá haver sempre uma oposição entre o individualismo moral característico do liberalismo e a noção de comunidade, implícita no pensamento democrático. A construção de um conceito de cidadania, na ótica da democracia radical, implica em uma noção de cidadão que, superando os limites de ambas as tradições, agregue em si as virtudes de ambas. Na perspectiva da democracia liberal, é necessário conjugar o pluralismo, caro ao liberalismo, com o resgate dos valores de comunidade, virtude cívica e participação ativa na gestão das coisas da *polis*. Assim, antes de mais nada, é necessário analisar em que consistem a noção liberal e a noção chamada comunitarista de cidadania.

4.2.1 A Noção Liberal e a Noção Comunitarista de Democracia

A idéia de cidadania está intimamente relacionada à idéia de direitos e obrigações, ou seja, o cidadão é o titular de direitos e obrigações na esfera política. Porém, no ideário liberal se privilegia muito mais o aspecto dos direitos do que o das obrigações. O cidadão liberal é concebido em abstrato, quase que em isolamento da comunidade política, na qual o mesmo se situa como sujeito e, dentro desta perspectiva, cidadão é considerado o indivíduo titular de direitos universais. Diferentemente da velha noção de cidadania, referenciada pelo ideal de participação política, a qual frisava as obrigações dos indivíduos enquanto membros ativos de uma comunidade política, enfatizando também a noção dos antigos de liberdade, o cidadão liberal se relaciona à comunidade política no sentido de que esta, como um todo, deve ser capaz de proteger os seus direitos em face do Estado e em face dos demais indivíduos. A cidadania, nesta perspectiva, adquire uma conotação passiva, muito mais do que ativa. Os direitos dos indivíduos são dependentes da comunidade, mas esta é concebida numa visão instrumental, ou seja, a comunidade política é o instrumento de realização e proteção dos direitos individuais. Os direitos dos indivíduos são protegidos pelo direito, o qual deve ser aplicado pelo Estado. Não existe, no pensamento liberal, preocupação em relação à participação do indivíduo no desenvolvimento das

virtudes cívicas ou formação de normas e valores comuns. Nesta visão, o que importa, sobretudo, é o *status* legal do indivíduo titular de direitos.

Mouffe analisa a problemática da cidadania, dentro destas duas correntes de pensamento, a partir da posição de John Rawls e da crítica que lhe faz a corrente comunitarista.¹⁶⁷ Em relação à cidadania, Mouffe coloca que Rawls concebe o cidadão, dentro de uma sociedade democrática, como titular de direitos iguais, tomando como referência seus dois princípios de justiça¹⁶⁸. Nesta ótica, se os indivíduos forem capazes de perceber a si mesmos como seres livres e iguais, verão que todos precisam dos mesmos bens primários (aí incluídos os mesmos direitos básicos, liberdade e igualdade de oportunidades), bem como precisariam das mesmas condições capazes de gerar a obtenção destes bens. Neste sentido, ela coloca que: "According to that liberal view, citizenship is the capacity for each person to form, revise and rationally pursue his/her definition of the good. Citizens are seen as using their rights to promote their self-interest within certain constraints imposed by the exigency to respect the rights of others."¹⁶⁹

Dentro desta concepção individualista, centrada na idéia de direitos, muito mais do que na compreensão da participação de cada um dentro da formação da comunidade, não se desenvolvem verdadeiros vínculos de cooperação social, ou de solidariedade. A cooperação social é tomada muito mais como apoio ao desenvolvimento individual, tomando também como referência a prosperidade

¹⁶⁷ A este respeito conferir, entre outros, os artigos: *Democratic Citizenship and the Political Community*, inserido no livro **The return of the political** (*op. cit.*) e uma outra versão deste mesmo artigo, no livro **Dimensions of radical democracy** : pluralism, citizenship, community (*op. cit.*). Para aprofundar este tema, bem como a posição da autora quanto à posição de Rawls, conferir: *Démocratie et libéralisme politique: est-il possible de les concilier?* In: **Philosophie** : questions au libéralisme, Bruxelles, 1998. p. 15-26 e **Rawls** : political philosophy without politics. **Philosophy and Social Criticism**, London, v. 13, n. 2, 1987, p. 105-123.

¹⁶⁸ Em **The theory of justice** (*op.cit.*, p. 302), Rawls estabelece seus dois princípios de justiça. O primeiro é chamado de princípio da liberdade: " Each person is to have an equal right to the most extensive total system of equal basic liberties compatible with a similar system of liberty for all" (toda pessoa deve ter iguais direitos dentro do mais extensivo sistema de liberdades básicas e iguais compatíveis com um similar sistema de liberdade para todos). O segundo princípio, estabelece que desigualdades sociais e econômicas devem ser arranjadas de forma que: a) princípio da diferença - to the greatest benefit of the least advantaged (o maior benefício para o menos avantajado) e b) princípio da justa oportunidade - attached to offices and positions open to all under conditions of fair equality of opportunity (relacionado a funções e posições abertos a todos dentro de condições de justa oportunidade).

¹⁶⁹ "Segundo esta visão liberal, a cidadania é a capacidade de cada pessoa formar, rever e realizar racionalmente a sua definição de bem. Entende-se que os cidadãos usam os seus direitos para promoverem os seus interesses próprios, com certas limitações impostas pela exigência de respeitarem os direitos dos outros." (In: MOUFFE, **The return...**, *op. cit.*, p. 61).

individual. Não existe, nesta perspectiva, uma verdadeira *obrigação política* do cidadão para com a comunidade na qual ele está inserido. Isto provoca um empobrecimento dos laços sociais e da comunidade como um todo.

Segundo Mouffe¹⁷⁰, contrariamente a esta perspectiva individualista do liberalismo, os comunitaristas propõem a renovação do chamado republicanismo cívico na política. Nesta perspectiva, existe uma forte ênfase na idéia de solidariedade e coesão social, com uma noção substantiva de bem comum, a qual seria anterior e independente dos interesses e desejos individuais.¹⁷¹ Esta concepção está centrada na idéia de participação do indivíduo na administração da comunidade política, toma-o como participante e se realiza na identificação deste com a comunidade na qual o mesmo está inserido. Por isto mesmo, adota uma visão da comunidade como sendo constitutiva, ou seja, compondo a identificação do indivíduo, constituindo a identidade deste, em oposição à concepção liberal da comunidade instrumental, a qual serve ao estabelecimento e realização dos direitos individuais, como foi referido no parágrafo acima.

Nesta perspectiva comunitarista, a partir do estabelecimento de uma única noção de bem comum, ou de uma noção substantiva do que este venha a ser, os indivíduos seriam cidadãos de uma comunidade política estruturada para a realização desta idéia de bem. Ao fazê-lo, admite o sacrifício da liberdade individual em prol da comunidade política. Na perspectiva liberal, prevalece o indivíduo, em detrimento do cidadão; na perspectiva comunitarista, prevalece o cidadão, em detrimento do indivíduo.

Dando continuidade à análise que realiza destas duas tradições de pensamento, Mouffe coloca que uma outra maneira de se abordar a problemática da cidadania é a partir da idéia de prevalência do direito sobre o bem. Neste particular, a autora coloca que em Rawls “ (...) such a priority indicates that individual rights cannot be sacrificed for the sake of the general welfare, as is the case of utilitarianism, and that the principles of justice impose restrictions on what are the permissible conceptions of the good that individuals are allowed to

¹⁷⁰ *Id. ibid.*

¹⁷¹ Esta concepção teria sido praticamente relegada ao esquecimento, com o fortalecimento do pensamento liberal. A mesma teria conhecido seu ápice nas repúblicas italianas do final da Idade Média, ressurgindo na Inglaterra, no século XVII, com James Harrington e John Milton.

pursue”¹⁷². Neste sentido, os princípios de justiça deveriam ser deduzidos sem levar em consideração nenhuma concepção particular de bem, uma vez que os mesmos devem valer para toda a comunidade política e sendo que na mesma, dentro da concepção pluralista, vigoram inúmeras concepções de bem, nenhuma delas podendo ser imposta sobre as outras. Na trilha de Rawls, Mouffe considera este princípio fundamental para a democracia moderna, uma vez que representa a noção de que a mesma se caracteriza pela ausência de um bem comum substantivo. Porém, indo além da posição deste autor, coloca que Rawls insiste na prevalência absoluta deste princípio, sem considerar que tais princípios de justiça somente podem ser deduzidos a partir de uma sociedade concreta, e é consequência das instituições específicas existentes nesta sociedade. A resposta dos comunitaristas a esta questão insiste no fato de que a prevalência absoluta do direito é impossível, pois é somente através da participação do indivíduo numa comunidade política concreta, que define o bem e o direito de uma certa forma, que é possível se chegar a uma determinada concepção de justiça.

Se por um lado Mouffe rejeita a concepção liberal de cidadania, por ser extremamente individualista, por outro lado ela alerta para alguns dos perigos inerentes ao ressurgimento do chamado republicanismo cívico. Isto implica na rejeição da tradição comunitarista naquilo que ela aproveita das idéias republicanas acerca de um bem comum substantivo, o qual estaria construído a partir de uma concepção compreensiva e abrangente de bem. A democracia moderna, caracterizada pelo reconhecimento - e valorização - do valor pluralismo, bem como significada por uma concepção de política e sociedade que separa o poder da lei e do conhecimento, deixando o *locus* do poder vazio (conforme foi explicitado no item anterior), jamais seria compatível com tal concepção substantiva de bem. Esta idéia de comunidade substantiva é nitidamente pré-moderna e incompatível com a democracia pluralista. Porém, se é fato que a clara separação entre a esfera da moralidade e da política constitui um avanço das sociedades contemporâneas, a mesma tem produzido uma certa apatia no que concerne à atividade política. Ao mesmo tempo, relegando a preocupação normativa para o campo da moralidade privada, vem se criando um vazio ético

¹⁷² “(...) uma tal prevalência indica que os direitos individuais não podem ser sacrificados a favor do bem-estar geral, como é o caso do utilitarismo, e que os princípios de justiça impõem

cada vez maior na esfera política. Isto vai implicar que a crítica comunitarista ao liberalismo não seja simplesmente recusada de pronto, e sim que a mesma seja reformulada.

A questão que se coloca, então, é como conceituar a cidadania de uma forma que não sacrifique o indivíduo em prol da comunidade e vice-versa. Também está em jogo a maneira de articular a liberdade dos antigos com a liberdade dos modernos, aquela significada pela participação política e a identificação com um ideal de bem comum, esta significada pela ausência de coerção. Isto vai implicar no desenvolvimento de uma concepção de comunidade e participação política que seja compatível com o pluralismo e a noção da prevalência do direito sobre o bem. Em síntese, isto vai significar a criação de um conceito de cidadania capaz de reconciliar a liberdade negativa com uma participação ativa no desenvolvimento de normas e valores comuns. Esta noção de cidadania parte do pressuposto de que a obrigação política, compreendida na idéia de participação na gerência da coisa pública, não é incompatível com a liberdade individual e com o reconhecimento de que o indivíduo deve ser livre para perseguir os fins que ele estipula para si mesmo¹⁷³. Ou seja, um conceito de cidadania compatível com uma sociedade radicalmente democrática e plural. A forma como isto pode ser compreendido vai ser vista a seguir.

4.2.2 A Cidadania na Perspectiva da Democracia Radical

Em Chantal Mouffe a tarefa de formular um novo conceito de cidadania, adequada à perspectiva da democracia radical, implica na articulação das noções de cidadania presentes nas teorias acima expostas. No tocante ao pensamento

restrições às concepções de bem que os indivíduos estão autorizados a realizar.” (**Democratic Citizenship**..., *op. cit.*, p. 61-62).

¹⁷³ Neste particular, Mouffe busca em Skinner uma maneira de compatibilizar estes ideais. Skinner, analisando a obra de Maquiavel, coloca que neste autor os Estados livres eram aqueles capazes de evitar a dependência externa e aptos a governarem a si mesmos. E somente dentro de um Estado livre, que tomava a forma de república, poderia a liberdade individual ser garantida. E, para que a república pudesse ser mantida livre, era necessária a participação ativa dos cidadãos, cultivando a virtude cívica através da participação nas atividades de governo e do desenvolvimento comum de normas e valores. Assim, somente dentro de um estado livre o indivíduo poderia ser livre e o estado só poderia conservar-se livre a partir de um conceito de cidadania ativa. A este respeito conferir: SKINNER, Quentin. On justice, the common good and the priority of liberty. In: MOUFFE, Chantal (Ed.). **Dimensions of**..., *op. cit.* p. 211-224.

liberal, é necessário reter algumas conquistas deste movimento, tais como a idéia de separação de poderes, a separação entre a Igreja e o Estado e a aceitação do valor pluralismo, ao mesmo tempo em que se reformula a distinção entre a esfera pública e a privada, sendo necessário também demonstrar como o valor pluralismo e os direitos individuais podem ser defendidos dentro de uma comunidade política que incentiva a participação e o empenho cívico. No tocante ao comunitarismo, é necessário reter a importância das noções de participação cívica, desenvolvimento comum de normas e valores, bem como a noção de que a identidade do indivíduo se constitui a partir da sua inserção em uma determinada comunidade. Nesta ótica, é necessário demonstrar como a comunidade política pode ser reformulada em termos de uma gramática dos jogos de linguagem¹⁷⁴ conectada aos princípios ético-políticos constitutivos da democracia moderna, que são a liberdade e a igualdade.

Para a autora, é somente a partir da participação dos indivíduos em uma determinada comunidade política que estes podem ter uma percepção do que seria o direito e a justiça. A prevalência do direito sobre o bem não pode ser predeterminada ou ser encontrada em algum ponto abstrato (p.ex., um acordo racional quanto aos princípios de justiça, consoante quer Rawls), independentemente de uma certa prática social, um determinado modo de vida. Partindo do pressuposto do valor pluralismo, é necessário ter-se em mente que a democracia moderna é incompatível com qualquer idéia de bem comum substantivo. Porém, em oposição a este, também é necessária a compreensão de que o direito, e a justiça, só adquirem sentido a partir da prática social. O conceito de justiça, e o modo de estabelecimento do direito, serão sempre políticos. Assim, é possível pensar a idéia de um bem comum político, diferenciado do bem comum moral. Aquele seria representado pela adesão dos

¹⁷⁴Neste ponto, Mouffe segue a postura de Ludwig Wittgenstein, a partir do livro *Investigações Filosóficas*. Segundo este autor, o significado da linguagem é estabelecido pelo uso que os membros de uma determinada comunidade lingüística fazem dela. Visando explicitar como isto acontece, Wittgenstein constrói um instrumental teórico denominado de "jogos de linguagem". Estes jogos constituem modelos ou paradigmas estabelecidos pelas modalidades de emprego das expressões lingüísticas. No dizer do autor: "Chamarei também ao todo formado pela linguagem com as atividades com as quais ela está entrelaçada o 'jogo de linguagem'". (WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, [19--]. p. 177, proposição 07). Para uma melhor compreensão destes jogos, e sua interligação com o direito e a política, conferir KOZICKI, Katya. **H. L. A. Hart** : a hermenêutica como via de acesso para uma significação interdisciplinar do direito. Florianópolis, 1993. Dissertação (Mestre em Filosofia do Direito e do Estado) - Curso de Pós-Graduação em Direito da UFSC. p.18-24.

membros da comunidade aos princípios ético-políticos que lhe são constitutivos - na democracia liberal os princípios da liberdade e igualdade -, enquanto este é representado pelo plano moral.

A noção radical de cidadania se prende ao problema da identificação do sujeito com as práticas políticas constitutivas da sociedade na qual ele está inserido. Neste sentido, Mouffe vai buscar na teoria dos jogos de linguagem um instrumental para a compreensão destas práticas. A gramática dos jogos de linguagem constitui um arsenal de regras que regem a comunicação e, dentro da esfera política, podem ser compreendidas como regras que governam a vida em sociedade. Estas regras pressupõem que os indivíduos as conheçam e as aceitem - dentro de um ponto de vista hermenêutico - enquanto regras, para que as mesmas possam servir como padrões de conduta. Na democracia moderna, a regra básica seria a aceitação dos princípios da liberdade e igualdade para todos, servindo esta como elemento referencial para as demais regras do sistema político. É através da identificação dos indivíduos com estes princípios que os mesmos podem ser considerados cidadãos de uma determinada comunidade política, com direitos e obrigações dentro da mesma.

O conceito de cidadania, na perspectiva da democracia radical, pode ser melhor compreendido a partir de uma diferenciação proposta por Michael Oakeshott no livro *On Human Conduct*, de 1975. Mouffe parte da diferenciação que este faz entre *universitas* e *societas* para explicar a comunidade política, na perspectiva da democracia radical, como *societas*.¹⁷⁵ A *universitas*, da maneira como era concebida no final da Idade Média, significava o engajamento em um empreendimento comum, definido por uma comunhão de interesses e propósitos. Já *societas* significava um engajamento formal, não substantivo, em termos de regras ético-políticas que deveriam ser observadas para a consecução de determinados objetivos. No primeiro caso, os indivíduos formariam um núcleo, ao redor de uma determinada noção substantiva de bem e ideais compartilhados. No segundo caso, a associação é formal, em termos de um acordo quanto a regras que devem ser observadas para o atingimento de determinados fins. Na ótica da democracia radical, a comunidade política pode ser identificada com a *societas*. Ou seja, os indivíduos se tornam cidadãos de uma determinada *societas*

¹⁷⁵ A este respeito, ver o artigo *Citizenship and ...*, *op. cit.*, p. 66-69.

(*respublica* ou comunidade política) a partir do momento em que reconhecem o caráter normativo de uma certa prática de civilidade, uma gramática das regras sociais, que definem esta mesma sociedade. Nesta perspectiva, estes princípios básicos significam o reconhecimento dos indivíduos como seres livres e iguais.¹⁷⁶ O que une os participantes desta é o reconhecimento da autoridade das condições que especificam o interesse público, a chamada prática de civilidade.

Esta forma de associação seria adequada para explicar a associação política, na ótica da democracia radical, posto que refuta a idéia da adesão à noção de um bem comum substantivo, deixando espaço à liberdade individual. No dizer de Mouffe "It is a form of association that can be enjoyed among relative strangers belonging to many purposive associations and whose allegiances to specific communities are not seen as conflicting with their membership of the civic association".¹⁷⁷ A pertença à comunidade política implica na aceitação de uma forma, uma linguagem específica da relação civil, que é a *respublica*. O elo comum não é uma noção de bem comum substantivo, mas o interesse público. Este interesse, por sua vez, é definido e constituído a partir do interrelacionamento entre os diversos atores sociais. Ele vai também ser dependente de inúmeros fatores, que determinam este modo de interrelacionamento e, assim, só pode ser pensado e definido a partir de condições concretas, dentro de um determinado momento histórico. Isto vai também implicar que, dada a sua historicidade e concretude, o mesmo possa ser sempre definido e redefinido, num processo de reconstrução contínua.

Avançando na construção do conceito de cidadania, é necessário ter em mente que a determinação do interesse público, o reconhecimento de que a justiça é um conceito político e a própria definição de quais são os direitos individuais estarão sempre relacionados a uma específica forma de construção

¹⁷⁶ "A idéia de *societas* é a de agentes que, por opção ou devido às circunstâncias, estão relacionados uns com os outros de forma a constituírem uma associação identificável de qualquer tipo. O laço que os une, e em razão do qual cada um se reconhece a si mesmo como *socius*, não é o envolvimento num empreendimento a fim de realizarem um objetivo substantivo comum ou promoverem um interesse comum, mas sim a lealdade mútua". (OAKESHOTT, Michael. *On human conduct*, p. 201, citado por MOUFFE, *Citizenship...*, *op. cit.*, p. 66).

¹⁷⁷ "É uma forma de associação que pode ser constituída entre indivíduos relativamente estranhos, pertencentes a várias associações com objetivos específicos e cuja fidelidade a comunidades específicas não é considerada conflitante com a sua qualidade de membros da associação civil." (*Id. ibid.*, p.67).

das relações sociais; a comunidade política é sempre expressão de relações de poder, fruto de uma determinada hegemonia.

A cidadania jamais pode ser entendida fora da perspectiva de que as relações existentes dentro do espaço público, constituídas a partir de ações políticas, exercitam-se sempre dentro de uma dimensão de conflito e antagonismo. O político, nesta perspectiva, trata sempre da construção de um “nós” em oposição a um “eles”. Esta dimensão de antagonismo, característica do político, vai implicar no estabelecimento de uma fronteira, separando “nós/eles”. Este conflito, administrado politicamente, implica na aceitação do outro, aceitação da diferença. O outro é aquele que não compartilha os mesmos valores, ou os mesmos ideais, mas compartilha o reconhecimento mútuo do direito de que todos tenham as mais diferentes expressões e posições. A delimitação desta fronteira, e seu reconhecimento, funciona ao mesmo tempo como viabilizador da construção da identidade comum, gerada nesta oposição nós/eles¹⁷⁸. Se o conflito, ao contrário, não puder ser administrado na esfera das ações políticas, ele pode vir a significar a necessidade de conceber o outro como inimigo, alguém a ser destruído, para que a própria identidade da comunidade não o seja. Precisamente, o que possibilita a construção desta fronteira é a adesão aos princípios ético-políticos da comunidade, implicando na exclusão daqueles que não os compartilham. A comunidade é constitutiva da noção de cidadania, é a identificação com o “nós” que possibilita o reconhecimento do indivíduo como cidadão.

Para a democracia radical, o cidadão não é um mero recipiente de direitos individuais, concebidos em abstrato. O cidadão é aquele que se identifica com a gramática de conduta da *respublica*, com o interesse público. A cidadania, dentro desta perspectiva, funciona como um elemento articulador entre as diferentes posições de sujeito que os agentes sociais ocupam na sociedade, permitindo a construção de uma identidade comum, ao mesmo tempo que respeita a liberdade individual.

Porém, como já foi salientado, o reconhecimento da política como espaço de conflito e antagonismo vai significar sempre que os princípios políticos constitutivos da sociedade - no caso, liberdade e igualdade - recebam diferentes

interpretações. Estas diferentes interpretações vão gerar acordos quanto à maneira da condução da coisa pública, acordos que serão sempre parciais e provisórios, dada a impossibilidade de uma solução final e definitiva quanto ao significado destes princípios. A cidadania, na perspectiva da democracia radical, implica a identificação dos sujeitos com os princípios que são constitutivos desta matriz. Indo além da aceitação dos princípios da liberdade e igualdade, é necessário que o cidadão reconheça o valor e que haja uma identificação coletiva com diversos movimentos sociais, os quais pretendem aprofundar a realização daqueles princípios. Esta identificação coletiva pode ser referida pela busca do que se chama de equivalência democrática¹⁷⁸ entre as diversas lutas sociais (movimento dos negros, ecologistas, trabalhadores, gays e outros novos movimentos sociais). O sujeito, nesta perspectiva, é sempre visto como uma intersecção de diversas posições de sujeito, articuladas e realizadas dentro de discursos e posições específicas que os mesmos ocupam na sociedade. O cidadão não é o cidadão abstrato, mas sim o cidadão concreto, inserido nas práticas sociais a partir de um determinado modo de ser que o significa enquanto cidadão. A identidade do sujeito, enquanto indivíduo - esfera privada - e cidadão-esfera pública - vai sempre existir em tensão, a qual é constitutiva da cidadania nesta perspectiva.

Conflito, antagonismo, divisão e incompletude não constituem limitações temporárias à obtenção da harmonia final nas sociedades democráticas. Ao contrário, estarão sempre presentes em qualquer democracia, posto que são constitutivos do sentido do termo. Isto implica que os acordos, quanto aos princípios, valores e identificações possíveis serão sempre provisórios. A concepção de cidadania, em última análise, está ligada à idéia da necessária liberdade na esfera privada, aliada à igualdade na esfera pública. Porém, não há conciliação - ou reconciliação - final quanto ao equilíbrio e articulação entre estes dois princípios. Assim é que Mouffe, ao terminar o artigo *Citizenship and the Political Community*, escreve:

¹⁷⁸ Uma análise mais aprofundada desta noção de amigo/inimigo, conflito/antagonismo, vai ser realizada no item relativo ao desenvolvimento do próprio conceito de democracia radical.

¹⁷⁹ A problemática da construção do que se chama equivalência democrática, e também a construção da identidade do sujeito, vai ser abordada no próximo item.

The distinction between private (individual liberty) and public (*respublica*) is maintained, as is the distinction between individual and citizen, but they do not correspond to discrete separate spheres. We cannot say: here end my duties as a citizen and begins my freedom as an individual. Those two identities exist in a permanent tension that can never be reconciled. But this is precisely the tension between liberty and equality that characterizes modern democracy.¹⁸⁰

Uma concepção “democrático-radical” de cidadania constitui, sem dúvida, um considerável avanço em relação ao posicionamento liberal quanto ao cidadão, marco referencial desta noção nas sociedades modernas. Ao ressaltar a importância de se resgatar os ideais de participação política, virtude cívica, empenho na construção de normas e valores comuns (contribuições do comunitarismo), bem como ao reconhecer a impossibilidade de uma reconciliação final entre os deveres do cidadão e a liberdade do indivíduo, esta concepção faz avançar a visão do cidadão, de um depositário de normas e direitos, para alguém que participa, responsável pela estipulação destas normas e direitos. Isto vai ser de fundamental importância no sentido de se pensar uma nova forma de articulação entre o jurídico e o político, a partir do reconhecimento do caráter político de algumas decisões requeridas pela sociedade. Entretanto, se esta noção avança em relação à visão liberal, a mesma não esclarece suficientemente de que forma pode ser encontrada esta articulação entre o cidadão e o indivíduo ou, dito em outras palavras, como conciliar os direitos dos indivíduos com as obrigações do cidadão. Condicionalmente, é possível pensar que, ao invés da ausência de demonstração da melhor articulação possível ser uma insuficiência da teoria da democracia radical, esta pode servir como elemento de confirmação do caráter aberto e transitório através dos quais esta corrente de pensamento constrói a cidadania.

O próximo item objetiva uma análise da democracia radical, a partir da explicitação de seus conceitos básicos, ao mesmo tempo em que vai tentar refletir sobre a resposta que a mesma dá à assim chamada crise da democracia liberal.

¹⁸⁰ A distinção entre o privado (liberdade individual) e o público (*respublica*) é mantida, tal como a distinção entre o indivíduo e o cidadão, mas não correspondem a esferas discretas separadas. Não podemos dizer: aqui terminam os meus deveres como cidadãos e começa minha liberdade como indivíduo. Estas duas identidades políticas existem numa tensão permanente, que nunca pode ser conciliada. Mas é precisamente a tensão entre a liberdade e a igualdade que caracteriza a democracia moderna.” (*Id. ibid.*, p. 72).

4.3 A DEMOCRACIA RADICAL. A DEMOCRACIA ALÉM DA RAZÃO

A construção do pensamento democrático-radical se fundamenta, em grande parte, na teoria do discurso. Esta base pode ser encontrada em Ferdinand de Saussure, Roland Barthes, na segunda fase do pensamento de Ludwig Wittgenstein, bem como na teoria psicanalítica, marcadamente em Jacques Lacan. Também constitui importante fundamento teórico o pensamento pós-estruturalista. Esta matriz também se apropria das noções de amigo/inimigo, como elementos centrais da política, proposta por Carl Schmitt. O conceito de hegemonia é fundamental para se entender como se estruturam as relações de poder, e como se constroem as identidades sociais. Aliás, este conceito enfatiza justamente a noção de que a identidade é algo construído socialmente, a partir de uma determinada estrutura de relações sociais, demonstrando a importância que as crenças e os valores desempenham, possuindo as mesmas um papel central na identidade dos sujeitos sociais. Outrossim, a identidade de cada um destes sujeitos é construída e determinada através das lutas que se travam na sociedade. O espaço democrático é um espaço de conflito, mais do que um espaço de harmonia, e o conflito desempenha um papel essencial na construção das relações de poder que se tornam hegemônicas. É frisando a noção de conflito e pluralismo, típicos da ação política, que a democracia radical pode se constituir em alternativa às perspectivas da democracia que, ou se limitam a tratar o político como uma questão de agregação de interesses, ou tratam a esfera política como palco de um acordo racional de vontades, com pretensões universalistas. Ao introduzir o conflito como categoria central, é possível compreender em que sentido as paixões constituem mola propulsora das ações humanas.

Mouffe subverte as teorias essencialistas da identidade do sujeito a partir da apropriação de algumas das categorias de Saussure. Em termos epistemológicos, logo no início de seu Curso de Lingüística Geral, Saussure coloca: “Bem longe de dizer que o objeto precede o ponto de vista, diríamos que

é o ponto de vista que precede o objeto (...).¹⁸¹ Esta afirmação acentua em sua obra o primado do teórico sobre o real. Isto equivale a dizer que a realidade não se constitui em objeto da ciência por si própria, importando enquanto substrato para um plano real reconstruído pela ciência. Este autor não aceita as teorias da linguagem que pretendem vê-la apenas como referência, ou seja, os objetos se apresentariam ao conhecimento como unidades coerentes, e para a linguagem caberia a função de lhes designar nomes. Em Saussure, o processo de significação é obtido a partir da união entre significante e significado. “Segundo Saussure, o signo é formado pela união de um conceito a uma imagem acústica, de uma idéia a um suporte fonético (não se une uma palavra a uma coisa). O signo não tem jamais um engate direto com o mundo real, ele funciona como instrumento mediador das formações culturais”.¹⁸² Disto decorre o princípio da arbitrariedade dos signos e este princípio vai implicar em que cada sistema de linguagem articule a realidade de maneira diferente. De acordo com este princípio “(...) o significante é imotivado - a arbitrariedade existe em relação ao significado - aquele não mantém com este nenhum vínculo natural. Assim, o signo está sempre vazio.”¹⁸³ É através da linguagem que os objetos significativos são construídos. Em Saussure, a articulação da realidade é arbitrária no sentido de que nada extralingüístico motiva o processo de significação.¹⁸⁴ A linguagem, dentro da análise linguística, é sempre tomada como um sistema de diferenças, e não como termos positivos. Todas as identidades dentro do sistema lingüístico são, por consequência, concebidas em termos de valores relacionais e diferenciáveis. Na esteira de Saussure, para Mouffe as identidades políticas são uma espécie de signo lingüístico. E, como aquele, esta rejeita uma teoria referencial da identidade, em prol de uma teoria relacional, construída a partir de um determinado tipo de articulação. E articulação é “(...) any practice establishing a relation among elements such that their identity is modified as a result of the articulatory practice. The structured totality resulting from the articulatory practice,

¹⁸¹ SAUSSURE, Ferdinand de. **Curso de lingüística geral**. São Paulo : Cultrix, [19--]. p. 15.

¹⁸² KOZICKI, H.L.A. Hart..., *op. cit.*, p. 37.

¹⁸³ *Id. Ibid.*, p. 39.

¹⁸⁴ Uma melhor explicação das categorias de Saussure pode ser encontrada no trabalho acima referido, p. 32-46.

we will call discourse".¹⁸⁵ Da mesma forma que o processo de significação é realizado através da relação de um signo com os demais signos que compõem o sistema, as identidades políticas só se constituem a partir desta forma particular de relação, chamada articulação. Ainda dentro da teoria saussuriana, Mouffe rejeita qualquer concepção essencialista do sujeito, que pretenda vê-lo com uma identidade dada, destacada das relações de poder que o constituem.

Das categorias de Saussure, passando por Barthes e Althusser, a democracia radical avança para um entendimento do social e do político a partir dos elementos conceituais fornecidos pela teoria do discurso, centrada na idéia de que o social existe enquanto prática discursiva, o que pode ser encontrado nas teorias pós-estruturalistas desenvolvidas por Derrida e outros¹⁸⁶. Assim:

Our analysis rejects the distinction between discursive and non-discursive practices. It affirms: a) that every object is constituted as an object of discourse, insofar as no object is given outside every discursive condition of emergence; and b) that any distinction between what are usually called the linguistic and behavioural aspects of a social practice, is either an incorrect distinction or ought to find its place as a differentiation within the social production of meaning, which is structured under the form of discursive totalities.¹⁸⁷

O social coexiste com o discursivo¹⁸⁸, e o não-discursivo não tem um efeito constitutivo sobre o mundo, na forma pela qual este é conhecido. O discursivo é a totalidade dos discursos, compreendidos como um todo.¹⁸⁹ O discursivo não é um

¹⁸⁵ "(...) qualquer prática estabelecendo uma relação entre diferentes elementos tal que sua identidade é modificada como resultado da prática de articulação. À estrutura total resultante da prática de articulação, nós iremos chamar de discurso." LACLAU, Ernesto ; MOUFFE, Chantal. **Hegemony and socialist strategy**. Towards a radical democratic politics. London : Verso, 1985. p. 105.

¹⁸⁶ A este respeito conferir TORFING, Jacob. **The new theories of discourse** : Laclau, Mouffe and Žižek. Oxford : Blackwell Publishers, 1999. p. 94-100. A leitura deste livro trouxe uma enorme contribuição ao entendimento do papel da teoria do discurso na obra de Chantal Mouffe.

¹⁸⁷ "Nossa análise rejeita a distinção entre práticas discursivas e não-discursivas. Ela afirma: a) cada objeto é constituído como um objeto de discurso, dado que nenhum objeto é dado fora de cada condição discursiva de emergência; e b) qualquer distinção entre o que é usualmente chamado de aspectos lingüísticos e comportamentais de uma prática é, ou uma distinção incorreta, ou deve encontrar seu lugar como uma diferenciação dentro da produção social de sentido, a qual é estruturada na forma de totalidades discursivas. (LACLAU ; MOUFFE, 1985, **Hegemony and ...**, op. cit., p. 107).

¹⁸⁸ O social coexiste com o discursivo, o que implica dizer que este é um entrelaçamento de aspectos semânticos e pragmáticos, incluindo ações, objetos, movimentos, usos. A respeito da importância do aspecto pragmático na compreensão do significado dos termos ver Wittgenstein, Ludwig. *Investigações Filosóficas*, op.cit.. A respeito da união entre a língua e a ação, conferir AUSTIN, John Langshaw. **Quando dizer é fazer** : palavras e ações. Porto Alegre : Artes Médicas, 1990. p. 107.

¹⁸⁹ Devido à importância dos termos "discurso", "discursivo" e "formação discursiva" dentro da construção do pensamento da democracia radical, faz-se necessário estabelecer, previamente,

discurso, ou objeto, entre tantos. Ao contrário, constitui um horizonte de sentido, dentro do qual o sentido de cada objeto pode ser constituído. Dentro de cada discurso não é possível a fixação de um centro, de um ponto a partir do qual o sentido possa emanar de forma absoluta e positiva. Existe sempre, internamente a cada discurso, uma abertura de sentido que impede a formação ou obtenção de um sentido último, definitivo, algo que poderia ser caracterizado como a própria “essência” do discurso. Sem este centro prefixado, o fechamento de sentido se torna impossível. Entretanto, esta completa abertura também é inviável e é necessário um fechamento, ainda que provisório. É justamente o campo da discursividade, ou o discursivo, que vai constituir este *background* onde diferentes discursos podem constituir/obter significação. Assim é que, por exemplo, o termo liberdade pode encontrar um horizonte de sentido a partir do campo discursivo do pensamento liberal. O próprio sentido do campo discursivo é aberto e, assim, o discursivo vai constituir sempre a condição de possibilidade e impossibilidade, ao mesmo tempo, de uma parcial fixação de sentido do discurso.

Uma das categorias centrais da democracia radical é a categoria do sujeito. Esta categoria - do sujeito - vai ser sempre compreendida no sentido de “posições de sujeito” dentro de uma estrutura discursiva. Assim, o sujeito não será jamais a origem das relações sociais, posto que todas estas estão estruturadas em torno de condições discursivas de possibilidade. No campo da ação política, importa saber que tipos de relações se constituem entre os diversos sujeitos, bem como entender como estas são dependentes das relações de poder existentes na sociedade. Definindo-se o campo da subjetividade como o campo da discursividade, aquele divide com este seu caráter aberto, indeterminado: “As every subject position is a discursive position, it partakes of the open character of every discourse; consequently, the various positions cannot be totally fixed in a

os conceitos dentro dos quais eles serão utilizados. Assim: a) discurso: é um termo coexistente com o social, incluindo aspectos semânticos e pragmáticos, querendo significar uma totalidade relacionada de sequências significativas que, juntas, constituem um apanhado mais ou menos daquilo que pode ser dito e feito; b) discursivo: também chamado de campo de discursividade - a fixação parcial de sentido dentro do discurso produz um irreduzível incremento de significação e c) formação discursiva: uma formação discursiva é o resultado de uma articulação entre vários discursos dentro de um todo relativamente unificado. Estes conceitos foram extraídos de TORFING, *New theories...*, *op. cit.*, p. 300.

closed system of differences.”¹⁹⁰ Assim, a análise do sujeito e das diferentes posições de sujeito dentro de uma determinada estrutura social deve partir sempre da constatação da dispersão, não-totalidade ou descentralização de algumas posições de sujeito em relação a outras.

Esta compreensão do campo da discursividade, bem como da impossibilidade de uma fixação final, definitiva dos significados, é importante para a compreensão da noção de hegemonia e do que Mouffe chama de *social-antagonism*, pois são justamente estas noções que permitem a compreensão da proposta teórica da democracia radical.

Esta abertura de sentido, acarretando a impossibilidade de um fechamento final, caracteriza a precariedade de cada identidade, a qual se manifesta, por sua vez, num contínuo movimento de diferenças. Estas diferenças necessitam uma determinada forma de articulação, a qual implica a construção de um discurso hegemônico. Ou seja, a construção de um discurso hegemônico é resultado de uma forma de articulação.¹⁹¹ Toda forma de articulação se realiza num terreno de poder e resistência, campo conflitivo que sempre inclui força e repressão.

A construção de uma relação hegemônica gera sempre como conseqüência a emergência de práticas de articulação. Para que estas sejam possíveis, é necessário que o sistema de diferenças, onde se apresentam múltiplas identidades, relacionadas entre si, permaneça aberto, sem sentido último. Se o significado de cada momento de articulação pudesse ser absolutamente precisado, não haveria lugar para articulação alguma. Neste caso, o princípio de repetição iria dominar todos os elementos e momentos deste sistema, sem nada que necessitasse se tornar hegemônico. A hegemonia pode ser conceituada como “ (...) the expansion of a discourse, or set of discourses, into a dominant horizon of social orientation and action by means of articulating unfixed elements into partially fixed moments in a context crisscrossed by antagonistic forces.”¹⁹²

¹⁹⁰ “ Como toda posição de sujeito é uma posição discursiva, ela divide o caráter aberto de cada discurso, conseqüentemente, as várias posições não podem ser totalmente fixadas em um sistema fechado de diferenças.” LACLAU ; MOUFFE, *Hegemony & socialist...*, op. cit., p. 115.

¹⁹¹ Sobre o conceito de articulação, conferir nota 185.

¹⁹² “ (...) a expansão de um discurso, ou conjunto de discursos, em um predominante horizonte de orientação social e ação, através da articulação de elementos não fixados em momentos parcialmente fixados, dentro de um contexto entrecruzado de forças antagônicas.” (TORFING, *New theories...*, op. cit., p. 101).

O conceito de hegemonia está relacionado à construção de um campo discursivo que pretende atuar como elemento de convergência de sentido entre diferentes possibilidades significativas, capazes de agregar em seu interior diferentes demandas, pontos de vista e atitudes. A ocorrência de um novo campo discursivo, enquanto resultante de uma determinada prática de articulação, capaz de impor a si própria como hegemônica, vai acarretar a redefinição dos termos do debate político e estabelecer uma nova agenda política. Assim é que, por exemplo, o neoliberalismo pode ser visto como um discurso hegemônico na sociedade atual, a partir do momento em que é capaz de estabelecer significados parciais a determinados elementos do discurso político, bem como origina a redefinição de alguns termos deste. Assim é que a fronteira entre o público e o privado passa a ser vista de forma diferente no discurso neoliberal, bem como buscam-se novas alternativas conceituais para a economia, os mercados, as relações de produção e outros. A hegemonia implica a entrada no terreno da decisão, isto é, a passagem de uma abertura total de sentido para um sentido determinado, ainda que parcial e provisoriamente. A ação política pressupõe a criação de forças hegemônicas, uma vez que o político necessita **decisões**. Porém, toda decisão será sempre uma decisão ético-política e, como tal, relacionada a algo que, em última análise, não é suscetível de ser **decidido**, no sentido de fixação final de sentido.

As práticas articulatórias aptas a gerarem forças hegemônicas vão sempre estar relacionadas à força e à repressão. Tais práticas envolvem a negação da identidade daqueles que com elas não se identificam. Isto em um duplo sentido: ao negar a possibilidade de sentidos alternativos e ao negar aqueles que identificam a si mesmos com estes sentidos e opções alternativos. É esta negação de identidade que vai implicar na criação de um antagonismo social¹⁹³. A força hegemônica, responsável pela negação do indivíduo ou da identidade coletiva, vai pender no sentido de construir as identidades excluídas como uma série de obstáculos que ameaçam a realização plena dos sentidos e opções escolhidos. Assim, articulações hegemônicas sempre se desenvolverão em uma arena de conflito, permeada por antagonismos.

¹⁹³A este respeito conferir TORFING, *New theories...*, *op. cit.*.

Se a criação da hegemonia é uma forma de articulação política, e esta envolve antagonismos, conseqüentemente o político estará ligado de forma indissociável ao conflito. Neste reconhecimento do papel central do conflito na política reside o importante papel de Carl Schmitt na construção da democracia radical, nos moldes propostos por Mouffe.

À primeira vista, pode parecer contraditório que uma matriz teórica que se auto-intitula “pós-moderna” (no sentido de que pretende questionar o caráter universalista e a racionalidade da modernidade) e que se autocoloca, no espectro político, à esquerda, possa buscar em um autor nitidamente conservador, e acusado de ter sido um dos mentores intelectuais do nazismo, um dos eixos de sua formulação teórica. Na realidade, o que Mouffe faz é se apropriar da distinção que Schmitt estabelece entre amigo/inimigo e do seu reconhecimento de que o conflito é inerradicável da esfera pública e da ação política. Porém, Mouffe trabalha tais distinções com propósitos inteiramente diferentes de Schmitt. Naquele, a intenção básica era demonstrar a falência da democracia representativa, posto que ele considerava a lógica da democracia completamente incompatível com a lógica do liberalismo. Nesta, a intenção é a de - reconhecendo os “pontos fracos” da democracia liberal, bem como a tensão inesgotável entre estes dois termos - procurar maneiras para viabilizar um novo projeto de democracia que, a partir dos pontos positivos da democracia liberal, possa vir a superá-la.

Conforme mencionado acima, a democracia radical parte da constatação de que a identidade dos sujeitos, bem como a identidade coletiva, se constrói a partir de determinadas formas de articulação que, em um momento histórico determinado, se tornam hegemônicas. A identidade do sujeito, numa perspectiva não-essencialista¹⁹⁴ será sempre o resultado de uma articulação provisória entre diversas posições de sujeito, as quais provocam deslocamentos constantes, numa lógica de construção e reconstrução desta mesma identidade. A forma pela qual se dá esta articulação pode ser pensada a partir da distinção schmittiana entre amigo e inimigo. Assim:

¹⁹⁴Por perspectiva não-essencialista se quer dizer que existe um processo de construção da identidade do sujeito e que esta identidade é sempre fruto da articulação entre as várias posições de sujeito que cada indivíduo ocupa na sociedade; não existe uma identidade natural ou predeterminada de acordo com uma única posição que o sujeito ocupa.

Once we accept the necessity of the political and the impossibility of a world without antagonism, what needs to be envisaged is how it is possible *under those conditions* to create or maintain a pluralistic democratic order. Such an order is based on a distinction between 'enemy' and 'adversary'. It requires that, within the context of the political community, the opponent should be considered not as an enemy to be destroyed, but as an adversary whose existence is legitimate and not tolerated. We will fight against his ideas but we will not question his right to defend them. (grifos no original).¹⁹⁵

Nesta lógica, é precisamente a maneira de articular a relação amigo/inimigo - bem como criar e sustentar uma sociedade que reconheça o conflito não algo como a ser extinto ou, na impossibilidade de extinção, tolerado, mas sim o reconheça como legítimo e constitutivo do político - que se constitui o objetivo central da democracia radical. Ou seja: como transformar o inimigo em adversário, não alguém a ser eliminado, mas alguém que, dentro das suas diferenças, é elemento referencial na constituição de sentido da categoria amigo; além disso, como transformar o antagonismo existente nas relações sociais em agonismo, ou seja, em um conflito marcado pelo reconhecimento da diferença enquanto algo inevitável, mas salutar e desejável.

Schmitt parte da constatação de que o político seria intrinsecamente ligado ao conflito, ou ao que Mouffe chama de *social antagonism* (antagonismo social). Para ele:

The political must therefore rest on its own ultimate distinction, to which all action with a specifically political meaning can be traced. Let us assume that in the realm of morality the final distinction are between good and evil, in aesthetics beautiful and ugly, in economics profitable and unprofitable. (...) The specific political distinction to which political actions and motives can be reduced is that between friend and enemy.¹⁹⁶

¹⁹⁵ "Uma vez que nós aceitamos a necessidade do político e a impossibilidade de um mundo sem antagonismo, o que nós precisamos é antever como isto é possível, *dentro destas condições*, criar ou manter uma ordem pluralística. Tal ordem é baseada na distinção entre 'amigo' e 'inimigo'. Ela requer que, dentro do contexto da comunidade política, o oponente seja considerado não um inimigo a ser destruído, mas um adversário cuja existência é legítima e não apenas tolerada. Nós iremos lutar contra suas idéias, mas não iremos questionar seu direito de defendê-las." (grifos da autora). (MOUFFE, *The return* ..., *op.cit.*, p. 4).

¹⁹⁶ "O político deve, então, depender de seu próprio e último elemento de distinção, em relação ao qual toda ação com um sentido político específico possa ser traçada. Vamos assumir que no reino da moralidade a distinção final seja entre bem e mal, na estética seja entre feio e bonito, em economia entre o lucrativo e o não-lucrativo. (...) A distinção política específica, na qual todas as ações políticas e seus motivos podem ser reduzidos é aquela entre amigo e inimigo". (SCHMITT, Carl. *The concept of the political*. Chicago : The University of Chicago Press, 1996. p. 26).

Neste autor, esta distinção final não é uma definição exaustiva, e sim um critério de separação entre grupos distintos. "The distinction between friend and enemies denotes the utmost degree of intensity of a union or separation, of an association or dissociation".¹⁹⁷ O inimigo é o estranho, o **outro**; ele não precisa ser feio, no plano estético, nem moralmente ruim, nem um adversário ou competidor, no plano econômico. Em algum ponto, existe algo que é intrinsecamente diferente, que o torna um *alien*, alguém externo. O político é, então, "(...) the most intense and extreme antagonism, and every concrete antagonism becomes that much more political the closer it approaches the most extreme point, that of the friend-enemy grouping."¹⁹⁸ O político é, assim, o campo onde a oposição amigo e inimigo se apresenta e a ação política visaria, nesta ótica, a construção de um "nós" em oposição ao "eles" (*we/us*). E, para Schmitt, o inimigo seria alguém a ser destruído e, assim, o mesmo se insurge contra a democracia liberal, a qual não reconhece, e admite a destruição de forças antagônicas.

Desta forma, o que está na base do pensamento deste autor não é a preocupação com a democracia, e sim com o problema da unidade política. Disto decorre que este nega completamente a possibilidade do pluralismo (poderia haver pluralismo apenas entre Estados, jamais dentro da mesma comunidade política). Este autor coloca a homogeneidade como condição essencial da democracia. Neste sentido: "Every actual democracy rests on the principle that not only are equals equal but unequals will not be treated equally. Democracy requires, therefore, first homogeneity and second - if the need arises - elimination or eradication of heterogeneity."¹⁹⁹ É justamente esta perspectiva, da eliminação do outro, do diferente, que o liberalismo rejeita.

Segundo o autor, a igualdade, na tradição democrática, deve ser vista como igualdade substantiva. Em consequência, ele rejeita a concepção liberal de

¹⁹⁷ "A distinção entre amigo e inimigo denota um grau último de intensidade de uma união ou separação, de uma associação ou dissociação." (*Id. ibid.*, p. 27).

¹⁹⁸ " (...) o mais intenso e extremo antagonismo, e cada antagonismo concreto se torna mais político enquanto mais se aproximar do ponto extremo, ou seja, do grupo amigo-inimigo". (*Id. ibid.*, p. 29).

¹⁹⁹ "Cada democracia real repousa no princípio de que não somente os iguais são iguais mas que os desiguais não serão tratados igualmente. A democracia requer, então, primeiro, homogeneidade e segundo - se isto se tornar necessário - a eliminação ou erradicação da heterogeneidade". (SCHMITT, Carl. **The crisis of parliamentary democracy**. Cambridge : MIT Press, 1996. p. 9).

que a igualdade natural entre os homens, bem como o reconhecimento normativo desta igualdade, possa suprir a necessidade de igualdade substantiva. Analisando sua concepção de igualdade, Mouffe coloca que:

(....) when we speak of equality, we need to distinguish between two very different ideas: the liberal one and the democratic one. The liberal conception of equality postulates that every person is, as a person, automatically equal to every other person. The democratic conception, however, requires the possibility of distinguishing who belongs to the demos and who is exterior to it; for that reason, it cannot exist without the necessary correlate of inequality.²⁰⁰

Este ponto é essencial: a concepção democrática de igualdade é uma concepção política e, na ótica de Schmitt, será necessariamente uma concepção constituída a partir de uma distinção. Ou seja, constituir o nós - o igual - em oposição ao eles - o desigual.

Neste particular, na construção da relação nós/eles, verifica-se que a lógica democrática será sempre também uma lógica de inclusão/exclusão. Na determinação do que vem a constituir o nós - grupo dos amigos - em política, Mouffe se serve mais uma vez da teoria do discurso. Para construir o **nós** é necessário demarcar a fronteira que o separa do **eles**. É na explicitação desta fronteira, a partir dos elementos de diferença entre estes dois grupos - que se constrói a relação de oposição. O igual só existe relativamente a algo que se contrapõe a ele, uma **diferença que o constitui**. A formação discursiva pressupõe limites, mas é necessário perguntar quais são estes limites ou o que existe além deles. Ou seja, para explicitar a fronteira que diferencia um grupo do outro é necessário descobrir o que está do outro lado da fronteira. Isto não será apenas uma diferença entre tantas. Ao contrário, será algo que se contrapõe radicalmente a todas as diferenças e identidades dentro do sistema discursivo. A formação discursiva constrói seus limites através da exclusão de diferenças radicais, que lhe são antagônicas, e em relação às quais não existe uma medida possível de identificação: "A radical otherness that, at the same time, constitutes

²⁰⁰ "(...) quando nós falamos em igualdade, nós precisamos distinguir entre duas idéias extremamente diferentes: a liberal e a democrática. A concepção liberal de igualdade postula que cada pessoa é, como pessoa, automaticamente igual a todas as outras pessoas. A concepção democrática, entretanto, requer a possibilidade de distinguir quem pertence ao povo e quem é exterior a ele; por esta razão, ela não pode existir sem a necessária correlação de desigualdade." (MOUFFE, Chantal (Ed.). **The challenge of Carl Schmitt**. London : Verso, 1999. p. 40).

and negates the limits and identity of the discursive formation from which it is excluded.”²⁰¹ Este diferente, este **outro**, seria chamado de *constitutive outside*, ou exterior constitutivo. Ele não se constitui em termos positivos, mas sim através de uma radical diferença. A maneira pela qual esta radical diferença se manifesta só pode ser encontrada através de uma cadeia de equivalências, a qual subverte o caráter diferencial das identidades discursivas. A partir da sua inscrição naquilo que seria chamado de cadeias de equivalências, as diferenças entre as diversas identidades entrariam em colapso, construindo uma forma de identificação coletiva. Do outro lado, ou seja, exteriormente a esta forma de identificação (uma determinada formação discursiva), estaria o outro, implicando numa lógica da diferença. Um exemplo pode esclarecer melhor o que está sendo dito: a formação discursiva “civilização ocidental” se constitui através da exclusão de uma radical diferença que, ao mesmo tempo em que a nega, negando seus pressupostos, a constitui, que seria a noção de “bárbaros”. Esta noção de bárbaros pode ser representada por povos, hábitos e até mesmo nações inteiras. Mas esta noção - bárbaros - através de uma cadeia de equivalências, pode se estender cada vez mais, incluindo elementos que somente têm em comum a negação da civilização ocidental. No final, já não existe um elemento capaz de precisar exatamente o que seja bárbaro. Este será tudo aquilo que colocar em questão a civilização ocidental. E aqui se chega ao binômio nós/eles; amigo/inimigo: o bárbaro, nesta oposição, é o eles. Ao mesmo tempo que se afirma pela diferença, que se coloca de ‘outro’ lado, ele constitui, por oposição, o sentido do ‘nós’.²⁰² A construção do **nós** implica na construção de uma cadeia de equivalências, ao mesmo tempo que a oposição com o **eles** representa uma lógica da diferença.

As categorias até aqui apresentadas constituem o instrumental teórico a partir do qual se constrói a teoria da democracia radical. Ou, melhor dizendo, esta poderia ser chamada de democracia **plural e radical**. De fato, a matriz teórica em estudo pretende a radicalização da democracia moderna, estendendo-a a várias áreas da convivência humana, ao mesmo tempo que pretende radicalizar a noção de pluralismo, cara ao liberalismo.

²⁰¹ “Uma radical diferença que, ao mesmo tempo, constitui e nega os limites e a identidade da formação discursiva da qual ela é excluída” (TORFING, *New theories...*, op. cit., p. 124).

²⁰² Este exemplo foi retirado de TORFING, *New theories...*, op. cit., p. 125.

Mouffe entende o pluralismo como sendo um princípio ético do liberalismo, o qual afirma que "(...) that individuals should have the possibility of organizing their lives as they wish, of choosing their own ends, and of realizing them as they think best."²⁰³ É justamente esta noção de pluralismo, radicalizado, nesta matriz, que a diferencia, em muito, das concepções anteriormente estudadas. Porque, para realmente aceitar a idéia de uma sociedade plural, é necessário excluir a possibilidade de uma sociedade que vive em harmonia, onde o conflito e o dissenso não existam. Assim, é necessário: "(...) to discard the dangerous dream of a perfect consensus, of a harmonious collective will, and to accept the permanence of conflicts and antagonisms".²⁰⁴ A homogeneidade total, a identificação plena do indivíduo com as diferentes nuances da vida em sociedade, bem como uma vontade coletiva capaz de representar a vontade de todos é um sonho acima de qualquer possibilidade de realização. A idéia de um consenso racional, ideal da democracia deliberativa, jamais poderá ser realizada. Por um lado, nenhum consenso poderá ser definitivo, ou permanente; ele será sempre provisório, sujeito a uma articulação e rearticulação constante dos seus termos. Por outro lado, os indivíduos não agem tendo em vista somente seus interesses, ou utilizando-se de uma razão instrumental que lhes permite a melhor escolha de meios e fins. Ao contrário, as paixões constituem uma mola extremamente importante na análise dos motivos que levam os indivíduos a atuar. Estas paixões, inerradicáveis do processo de construção da identidade de cada um dos atores sociais, bem como inerradicáveis da convivência em sociedade, vão implicar sempre na ocorrência de conflitos, antagonismos. Desta forma, a elaboração teórica da democracia passa pelo reconhecimento de sua importância no campo da política, o que significa dizer que "democracia" se situa além de "razão".

É precisamente este ponto, do conflito e o do antagonismo, que a noção de democracia deliberativa, nos moldes desenhados por Rawls e Habermas não consegue captar. Nestes autores, o pluralismo é sempre reconhecido, mas colocado na esfera privada, longe da esfera pública. As paixões, o conflito, os

²⁰³ "(...) os indivíduos devem ter a possibilidade de organizar suas vidas como eles querem, escolhendo seus próprios fins, e os realizando como acharem melhor." (MOUFFE. *Liberalism and Democracy*, p. 104, no livro MOUFFE, Chantal. *The return...*, *op. cit.*).

antagonismos, todos são inevitáveis. Mas a sua ocorrência se dá no âmbito da esfera privada, terreno regulado pelo princípios da liberdade. Na esfera pública os indivíduos seriam **livres e iguais**, agindo sempre de acordo com princípios racionais, os quais possibilitariam a obtenção de um consenso quanto aos diferentes tópicos da agenda política. O político, nesta ótica, ficaria isento do conflito. Assim é que, em Rawls, ou os indivíduos tomam parte na formação deste consenso racional, acerca do modo como as instituições políticas devem ser organizadas, ou os mesmos não o fazem por serem irracionais e, assim, seriam excluídos da comunidade política. Ou seja, os indivíduos concordam com o ideal liberal da liberdade e igualdade para todos, e acordam quanto à interpretação destes princípios, ou os mesmos não poderão ser considerados racionais. Não existe, na prática, o pluralismo. A exclusão destes indivíduos significaria, assim, a transferência do conflito para o exterior da comunidade política - o outro - e não a eliminação do conflito.

Para Mouffe, ao contrário: "The prime task of democratic politics is not to eliminate passions, nor to relegate them to the private sphere in order to render rational consensus possible, but to mobilize these passions towards democratic designs."²⁰⁵ Uma política democrática deve colocar o poder e o antagonismo no centro de sua concepção. Ao invés de eliminar o conflito, a tarefa é torná-lo compatível com a democracia. Isto, em Mouffe, significa transformar o antagonismo em agonismo. O antagonismo é uma relação vivida por inimigos, dentro do agrupamento amigo/inimigo. Este tipo de conflito pressupõe até mesmo a eliminação física do adversário. Ao contrário, o conflito, numa perspectiva agonística, é uma relação exercitada entre adversários, e não entre inimigos.

O poder, nesta análise, não é uma relação externa a duas identidades pré-constituídas. Ao contrário, ele constitui estas identidades. Toda ordem política é a expressão de uma hegemonia, de um específico conjunto de relações de poder e, assim, a prática política não pode ser vista como representativa dos interesses de sujeitos pré-constituídos, mas é ela mesma que os constrói, num terreno sempre precário e vulnerável. A tarefa da política democrática é construir, como já

²⁰⁴ "(...) é necessário descartar o perigoso sonho de um consenso perfeito, de uma vontade coletiva harmoniosa, e aceitar a permanência dos conflitos e antagonismos". (*Id. ibid.*, p. 104).

referido, um **nós** em oposição ao **eles**. Na perspectiva da democracia radical, seria construir o grupo do **eles** de maneira que este grupo não mais fosse percebido como inimigo, mas sim como adversário. Ou seja, como já referido em outro momento deste trabalho, alguém cujas idéias são combatidas, mas cujo direito de defender estas mesmas idéias não é colocado em questão. O adversário é um oponente legítimo, não alguém que tenha que ser eliminado: "An adversary is an enemy, but a legitimate enemy, one with whom we have some common ground because we have a shared adhesion to the ethico-political principles of liberal: liberty and equality."²⁰⁵ O conflito entre os adversários é inerradicável, mas este conflito não é quanto aos princípios que devem reger a comunidade política e sim quanto à interpretação que diferentes indivíduos ou grupos podem dar aos mesmos. Sua resolução será sempre provisória e além da possibilidade de uma discussão racional, pois as paixões que os constituem estarão sempre envolvidas. Os compromissos existem, acordos políticos são obtidos, mas eles poderão sempre ser revistos. Reafirmando, a tarefa da democracia radical é transformar o antagonismo - conflito entre inimigos - em agonismo, conflito entre adversários.

Para que isto seja possível, é necessário que sejam criados canais através dos quais as paixões possam ser mobilizadas, e que permitam a criação de modos de identificação por meio dos quais o "outro" seja visto como adversário, e não como inimigo. Nisto reside o cerne da democracia: não a extinção do conflito, mas sim seu reconhecimento (não como um fato impossível de ser eliminado, como faz Rawls) e valorização, a consciência de que a sua supressão somente poderia ocorrer através de uma via autoritária. A atitude democrática pressupõe um diálogo e negociação constantes. Através da criação de uma lógica de equivalência que permita a identificação dos diversos indivíduos e grupos da sociedade com causas e lutas verdadeiramente democráticas, seria possível chegar a compromissos políticos, ainda que os mesmos possam ser sempre revistos.

²⁰⁵ "A primeira tarefa de uma política democrática não é eliminar as paixões, nem relegá-las à esfera privada, para tornar um consenso racional possível, mas mobilizá-las em direção a objetivos democráticos." (MOUFFE, *For an...*, *op. cit.*, p. 19).

²⁰⁶ "O adversário é um inimigo, mas um inimigo legítimo, alguém com o qual nós temos algumas bases comuns porque compartilhamos a adesão aos princípios ético-políticos da democracia liberal: a liberdade e a igualdade" (*Id. ibid.*, p. 19).

Nesta esteira, os chamados novos movimentos sociais (movimento negro, minorias étnicas, movimento homossexual, ecológico, anti-capitalista e outros) devem ser levados em consideração na construção de uma sociedade democrática. Sua importância se dá pelo "(...) the novel role they play in articulating that rapid diffusion of social conflictuality to more numerous relations which is characteristic today of advanced industrial societies."²⁰⁷

A lógica da equivalência se cria pela identificação com determinados tipos de demandas sociais, ou lutas democráticas. Ao mesmo tempo em que isto acontece, estas lutas são colocadas no mesmo plano de importância e, embora identificadas no princípio comum de que todas as lutas democráticas têm como princípio maior liberdade e igualdade para todos, elas não perdem sua autonomia. Isto significa que, dentro desta lógica, nenhum movimento é mais importante ou fundamental do que outros (o movimento dos trabalhadores não é prioritário em relação ao movimento ecológico e vice-versa; o movimento negro não é mais importante que o movimento gay e vice-versa, e assim por diante).

Ao se agregar o termo radical ao termo pluralismo, o qual vinha sendo analisado, dois possíveis sentidos são obtidos. Por um lado, um pluralismo radical no sentido de que a pluralidade de identidades não é decorrência de nenhum fato transcendente ou base dada. A democracia radical e plural, neste sentido, envolve "(...) the struggle for a maximum autonomization of the equivalential-egalitarian logic."²⁰⁸ Em um segundo sentido, radical vai significar a extensão da revolução democrática para mais campos do social.

Neste segundo sentido, a democracia radical vai tentar estabelecer uma nova fronteira para as esferas pública e privada, enfraquecendo aquele limite rígido entre ambas, tal qual é feito dentro do pensamento liberal. A esfera econômica, inserida na esfera privada, também teria que ser democratizada. As ações e relações econômicas deveriam ser também democráticas, bem como o pluralismo - que na ótica liberal é característico da esfera privada - deveria ser reconhecido dentro do espaço público.

²⁰⁷ "(...) o novo papel que eles desempenham em articular uma rápida difusão da conflitualidade social para mais e mais relações, o que é característico das sociedades industriais avançadas." (LACLAU ; MOUFFE, *Hegemony & socialist...*, op. cit., p. 159-160).

²⁰⁸ "(...) a luta pela máxima autonomização da lógica igualitária-equivalente" (*Id. ibid.*, p. 167).

A democracia radical, ao reconhecer a importância das paixões e do conflito no âmbito do político, constitui um importante avanço no debate acerca da problemática democrática. Ao mesmo tempo, ao questionar alguns dos pontos-chaves da democracia liberal, esta matriz pode se constituir em uma alternativa à crise deste mesmo ideal.

Um importante ponto a ser levantado é quanto à capacidade de uma política efetivamente democrática, radical e plural, levar a efeito lutas que podem ser unificadas dentro de um ideal comum de igualdade e liberdade para todos. A extensão da revolução democrática para novos campos do social é condição suficiente para que surjam conflitos 'democráticos'. Porém, estes antagonismos necessitam de uma forma de articulação democrática.

Na realidade, o projeto de uma democracia radical e plural se confronta com algumas dificuldades de ordem prática. De um lado, o princípio da liberdade impõe que todas as formas de identidade sejam respeitadas, bem como torna livre qualquer demanda social; a luta - qualquer luta democrática - goza de autonomia. Por outro lado, o princípio da igualdade demanda que estas lutas - dentro de uma cadeia de equivalência lógica - sirvam como fator de identificação dos diversos grupos e atores sociais. Ou seja, para que esta cadeia possa se formar, é necessário que os indivíduos reconheçam a validade das demais lutas travadas no interior do espaço social, com elas se identificando, até certo ponto. Para tanto, é necessário que haja uma espécie de vínculo que una todos os indivíduos, dentro do projeto comum de implementação dos princípios políticos da liberdade e igualdade. Em que medida liberdade e igualdade - autonomia e senso de identificação - existem ou que tipo de articulação é a melhor possível, é uma questão de difícil solução.

Todas as demandas democráticas são, em sua natureza, demandas por autodeterminação, que objetivam a transformação de relações de subordinação em relações que aceitem que todos os envolvidos são iguais, agentes autônomos, livres para decidir quanto ao seu envolvimento nestas lutas. O reconhecimento de uma luta como democrática afirma, ao mesmo tempo, sua autonomia em relação às demais lutas travadas na esfera social. Esta autonomia vai, ela mesma, ser limitada pela mútua implicação de cada luta e grupo nos outros, o que é, em si mesmo, o efeito de uma inafastável contingência envolvida no caráter relacional de toda identidade. Característico da revolução democrática

é a constitutiva abertura do social, a ausência de um sustentáculo transcendente, final ou último, que possa servir de base às decisões políticas. Em consequência, todas as relações de poder são contestáveis. O lugar do poder é um lugar vazio; o poder está em todos os lugares e ao mesmo tempo em lugar nenhum. Assim, a legitimidade do seu exercício só pode ser buscada em concreto, em cada momento parcial de fixação de sentido e tomada de decisões políticas.

No processo de construção do que é chamado hegemonia, o difuso e fluido caráter do social assume significação concreta, adquirindo um sentido político específico. O sentido de cada antagonismo é fixado "(...) only to the extent that the struggle moves outside itself, and through chains of equivalence, links itself structurally to other struggles."²⁰⁹ O caráter contingente e indeterminado de toda identidade e sentido implica que estes só serão constituídos a partir de outra identidade e sentido através, ou contra o qual, ele possa se afirmar enquanto identidade ou diferença.

Embora reconhecendo uma inerradicável tensão entre os princípios políticos da liberdade e igualdade e reconhecendo que a lógica da equivalência/identificação e lógica da autonomia apontam em direções opostas, a primeira em direção à unificação, a segunda em direção à diversidade, Mouffe coloca que estes termos jamais podem se dissociar: jamais poderia haver unificação e identificação de todas as diferentes demandas democráticas, e nem a sua completa fragmentação em elementos absolutamente separados.

Em que medida a democracia radical, mais do que uma proposta de análise teórica, pode significar também uma estratégia para a transformação da sociedade, é algo que não fica claro na obra de Chantal Mouffe. A maneira através da qual a tensão entre a lógica da equivalência e a lógica da diferença possa encontrar uma acomodação provisória não fica clara. Mouffe reconhece que, na afirmação de alguns direitos, outros ficam excluídos, ou têm sua importância diminuída. Na esteira de Schmitt, esta autora vai reconhecer que a lógica democrática vai implicar sempre em uma lógica de exclusão/inclusão. A identificação de alguns atores com as posições de sujeito que, no presente, constituem a sua identidade, pode impedir que eles se envolvam em outras demandas ou aceitem que as mesmas têm igual importância que aquelas nas

quais eles se inserem no momento.²¹⁰ Um processo de diálogo e negociação pode conduzir a uma acomodação parcial entre diferentes demandas, mas alguns direitos - já existentes - podem ter sido constituídos a partir da exclusão de outros.

No final, o balanço entre poder e liberdade vai implicar que alguns “ganham” e outros “perdem”. Como, precisamente, o esquema de direitos poderia ser reorganizado para incluir mais indivíduos e grupos, ou para aprofundar a democracia em todas as esferas da sociedade, é algo que não fica claro ou explicitado. Isto vai ser sempre significado por uma luta constante. Uma vez que a resposta é sempre contingente, ela é obtida sem nenhuma pretensão de neutralidade: o que é igual, ou justo, ou importante, vai depender sempre de um determinado tipo de interpretação, a qual conduza a um compromisso entre as partes.

Aquilo mesmo que constitui a condição de possibilidade da democracia radical, ou seja, a abertura, a indeterminação dos significados, o caráter contingente de toda identidade pode, ao mesmo tempo, constituir a condição de impossibilidade da mesma. Ao mesmo tempo, a abertura é necessária, mas ela só pode ser obtida a partir de um certo grau de fechamento. A política implica sempre a tomada de decisões, o estabelecimento de certos pressupostos. Para a democracia radical, abertura e fechamento são necessários, ao mesmo tempo.

²⁰⁹ “(...) somente na extensão de que cada batalha sai de si mesma e, através de uma cadeia de equivalências, une estruturalmente a si mesma a outras batalhas. (*Id. ibid.*, p. 170).

²¹⁰ Por exemplo: os operários vão querer sempre salvar seus empregos, nem que isto implique em pegar em armas ou destruir o meio-ambiente, ações que o movimento pacifista e o movimento ecológico condenariam. Movimentos étnicos ou de minorias raciais vão procurar garantir recursos e oportunidades para seus membros, mesmo que isto implique em tensão ou retire recursos de outros grupos que necessitam desta assistência no projeto de construção de uma sociedade democrática. Estes exemplos foram retirados de KEENAN, Alan Joyce. **The democratic ...**, *op. cit.*, p. 411.

4.4 O DIREITO COMO POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE SENTIDO NO JOGO DEMOCRÁTICO

A democracia radical toma como pressuposto o caráter aberto, contingente e indeterminado das identidades sociais, bem como dos acordos e compromissos que podem ser obtidos na esfera política, em cada momento histórico. Partindo da percepção de que é necessário aprofundar e estender o sentido da revolução democrática, esta corrente vai procurar entender o “como” se fazer política dentro da constatação de que não existem “sinalizadores de certeza” e de que o poder se tornou um “lugar vazio”. Isto vai pressupor o abandono das noções substantivas de bem comum e noções essencialistas quanto à formação da identidade coletiva. Não existe fundação última que possa garantir a coesão social, ou tornar legítimo o exercício do poder. Todas as identidades são contingentes e relacionais, constituídas a partir do exercício de relações de poder, interferindo no modo como se desenvolvem as diferentes lutas por hegemonia dentro da sociedade. O sentido ou significado destas identidades e lutas só pode ser percebido a partir da forma como se processam as relações entre os indivíduos, o que o deixa sempre aberto para uma constante rearticulação, não podendo haver solução final. Assim é que haverá sempre uma tensão, impossível de ser superada, entre liberdade e igualdade. Esta tensão vai implicar a necessidade de se estabelecer um equilíbrio, ainda que parcial e provisório, entre a autonomia individual - demandada pelo princípio da liberdade - e a construção de um vínculo social, um vínculo entre os diversos sujeitos que compõem a comunidade, que possa levar à construção de um projeto democrático comum, cujo objetivo seja aprofundar o ideal de liberdade e igualdade para todos. A negociação desta tensão jamais será completamente eliminada, levando a uma rearticulação constante entre as diversas lutas travadas na sociedade. Ao mesmo tempo, a percepção deste caráter contingente e indeterminado vai significar a impossibilidade de um consenso racional, final, quanto a meios e fins na ação política democrática. Ainda que se reconheça esta impossibilidade, um certo grau de fechamento se torna indispensável para que a própria democracia possa ser vivenciada. Não é possível uma abertura total, sob o risco de se comprometer os princípios básicos constitutivos da sociedade política. A abertura, a contingência e

o reconhecimento do outro só são possíveis a partir de um lugar comum, de um certo fechamento e institucionalização de algumas regras. As diferentes demandas e forças em oposição na sociedade impõem a necessidade de que algumas decisões sejam tomadas, implicando riscos nestas decisões. É precisamente pela necessidade de se estabelecer um certo fechamento que o direito assume um importante papel no sentido de se tornar um instrumento viabilizador - ou um dos instrumentos - da democracia. As regras jurídicas, bem como a maneira como as mesmas são aplicadas podem servir - e servem - como um "norte" para a atividade política. Isto não significa juridicizar o espaço político e nem politizar o direito, mas pensar uma nova forma de articulação entre o direito e a política.

Na base da construção da teoria da democracia radical está a idéia de que os indivíduos, cidadãos da comunidade política, são aqueles que aderem aos princípios ético-políticos constitutivos da sociedade. No caso, estes seriam os princípios da liberdade e igualdade. Estes princípios, por assim dizer, constituem o que se pode chamar de uma gramática dos jogos de linguagem. Porém, ao mesmo tempo em que a adesão a estes é necessária, a mesma não é suficiente para garantir um compromisso entre os diversos debatedores. Isto porque a interpretação destes princípios se dá de inúmeras maneiras. Ou seja, existe uma infinidade de jogos de linguagem ocorrendo ao mesmo tempo na esfera social.

A abertura democrática pressupõe sempre a possibilidade de apresentar argumentos e contra-argumentos, podendo sempre haver dúvida sobre as regras predominantes em um determinado período. É necessário reconhecer que toda forma de discurso carrega consigo determinadas exclusões, o seu exterior constitutivo, e isto também se dá na esfera do político. Porém, é impossível uma forma de política que seja completamente aberta; a abertura não pode ser total. A lógica democrática sempre vai gerar determinadas formas de exclusão, acentuadamente daqueles que não aderem aos princípios constitutivos da sociedade política, ou que pretendem se ver reconhecidos como classe privilegiada ou superior dentro da sociedade. Mouffe²¹¹ diz que em toda

²¹¹ Anotações realizadas em sala de aula, durante a disciplina *The State, Politics and Violence*, cursada no Centre for the Study of Democracy - University of Westminster, fall/1998.

democracia existe um momento ético, que envolveria a exclusão deliberada de certos tipos de argumentos e jogos de linguagem. Uma democracia radical e plural vai consistir na abertura para ouvir a voz do **outro** e aprender diferentes jogos de linguagem, combinada com a necessidade de excluir alguns destes jogos e indivíduos para além das fronteiras do jogo democrático. O que não fica claro, no atual estágio de desenvolvimento do pensamento da democracia radical, é como pode se dar esta exclusão sem comprometer a própria prática da democracia.

Mouffe concorda que a abertura total é impossível e que é necessário um certo tipo de consenso. Este consenso - como já foi tantas vezes referido - se dá em relação às regras do jogo de linguagem, implicando nos princípios da liberdade e igualdade. Porém, este consenso vai ser sempre uma acomodação parcial do conflito. Segundo a autora, o grande problema da democracia deliberativa se revela, por um lado, em negar a dimensão do que se chama de impossibilidade de uma decisão final, o **indecidível** (*undecidability*) e, por outro lado, negar a dimensão de um inerradicável antagonismo. Ao postular a possibilidade de uma esfera pública não-exclusiva, composta por sujeitos livres e racionais, esta matriz não consegue apreender a dimensão constitutiva do conflito nas sociedades modernas. Toda deliberação, toda decisão, vai implicar sempre na exclusão de outras possibilidades. Esta decisão implica em responsabilidade, a qual não pode ser afastada apenas com o recurso a regras gerais, obtidas através da razão.

É justamente porque os princípios políticos da sociedade envolvem diferentes interpretações, e porque na esfera pública coexistem diferentes jogos de linguagem - implicando a exclusão de algumas vozes dissonantes - que se torna necessário estabelecer um certo número de procedimentos adequados à obtenção de decisões políticas. A democracia demanda sempre abertura, mas esta só pode ocorrer através de um certo fechamento, ainda que parcial e provisório. As regras jurídicas, sem dúvida, se constituem em um importante instrumento para a obtenção deste fechamento necessário, bem como a aplicação do direito serve à consecução deste. Porém, toda regra necessita de interpretação e o sentido da regra se constitui a partir da interpretação que é realizada. O caráter aberto das regras jurídicas, estas também entendidas como uma espécie de jogos de linguagem, demanda uma gramática da interpretação.

O direito, ao possibilitar a ocorrência de enunciados formais e gerais, pode dar significação concreta a várias das demandas que surgem na sociedade, bem como viabilizar a obtenção de respostas aos conflitos gerados no campo do social. Sem dúvida, o direito, aqui entendido como um sistema de normas e princípios, se constitui em um padrão regulador de condutas e instrumento de solução de conflitos. Neste sentido, ele pode representar um importante instrumento na construção de uma sociedade democrática. Porém, como observado acima, não existe uma única leitura possível das regras jurídicas, bem como da maneira como as mesmas devem ser aplicadas.

A interpretação dos enunciados jurídicos constrói um sentido para os mesmos e, ao mesmo tempo, elimina outras possibilidades significativas. Ou seja, faz-se uma leitura, em detrimento de outras. É esta leitura que, em um momento histórico concreto, se torna predominante e vai implicar na exclusão de outras possibilidades. Assim como na construção das decisões e acordos políticos não existe neutralidade, o mesmo acontece na interpretação dos enunciados jurídicos. A obtenção de sentido da norma se dá a partir de um determinado ponto de vista, que se poderia chamar de pré-compreensão da mesma, numa leitura hermenêutica. Se o direito pode servir de instrumento à consecução de uma sociedade livre e igual para todos, é necessário buscar uma teoria da aplicação do direito que corresponda a esta finalidade. Para tanto, é preciso reconhecer que, assim como não existe uma resposta certa para a democracia - posto que esta se constitui como prática aberta, contingente e indeterminada - também não existe uma resposta certa para o direito. Em última análise, o sistema de normas vigente na sociedade será sempre fruto de um acordo político, e como tal deve ser compreendido. O objetivo deste trabalho, a partir deste momento, passa a ser o de analisar as relações entre o direito e a democracia. Sendo bastante amplo o campo de análise, o eixo de sua condução reside na teoria da aplicação do direito, visando a identificar, ainda que provisoriamente, uma teoria da adjudicação jurídica adequada a uma visão de sociedade nos moldes da teoria da democracia radical.

5 DIREITO E DEMOCRACIA. O PROBLEMA DA APLICAÇÃO DO DIREITO NO POSITIVISMO JURÍDICO E NA TEORIA HERMENÊUTICA DE RONALD DWORKIN

*"Law, says the judge as he looks down his nose,
Speaking clearly and most severely,
Law is as I have told you before,
Law is as you know I suppose,
Law is but let me explain it once more,
Law is the Law"*²¹²

O direito e a ciência jurídica são tradicionalmente conservadores. Este caráter conservador pode ser verificado a partir de diversas perspectivas teóricas, tais como as perspectivas epistemológica, política, moral, social e ética, entre outras. Entretanto, paradoxalmente, o discurso jurídico, e o próprio ordenamento jurídico, podem se constituir em um efetivo instrumento de intervenção e transformação, possibilitando a obtenção de "boas" e "justas" respostas para alguns dos problemas vivenciados pela sociedade contemporânea. "Bom" e "justo" referem-se aqui ao aperfeiçoamento, à melhoria da sociedade, em termos de uma estrutura radicalmente democrática, ao reconhecimento dos princípios da liberdade e igualdade como princípios políticos constitutivos desta mesma sociedade, e ao estabelecimento de novos direitos, que constantemente surgem como resposta às demandas sociais²¹³. As sociedades contemporâneas são

²¹² "A lei, diz o juiz enquanto olha por sobre seu nariz,
Falando claro e mais severamente,
A lei é o que eu disse antes a vocês,
A lei, como eu suponho vocês saibam,
A lei é mas me deixem explicar isto uma vez mais,
A lei é a lei." (AUDEN, W.H. **Collected poems**. London : Faber & Faber, 1976. p 208).

²¹³ A este respeito conferir CHUEIRI, Vera Karam de. **Philosophy, law and literature : crisscrossings and interweavings**. New York, 2000. Thesis (M.A.) - Department of Philosophy, Graduate Faculty of Political and Social Sciences, New School For Social Research, New York.

extremamente complexas, e tal complexidade importa no surgimento cada vez maior de demandas que exigem tomada de decisões, tanto a nível político, quanto a nível jurídico. Em meio a esta complexidade, termos aparentemente simples, como “lei” ou “direito” perdem seu sentido aparente e se tornam tão incertos quanto o cenário que os abriga. Neste final de século, nada pareceria mais inócuo do que afirmar, como faz o juiz do poema acima, que a lei é a lei.

Esta característica das modernas sociedades não pode ser negligenciada: a dimensão plural das mesmas vem se tornando mais e mais complexa, levando ao incremento do número de conflitos, conflitos estes que atingem também o sentido do direito e da interpretação que lhe é dada. A discordância entre as diferentes concepções de bem, como também quanto a valores considerados fundamentais, têm importado que a relação entre o direito e a ética, bem como quanto à lei e à política, se tornem cada vez mais problemáticas. Isto tem ampliado a necessidade de repensar estas relações, buscando uma melhor adequação entre as noções do direito e da justiça e as noções de democracia e direitos. Pode-se dizer que, embora o direito seja basicamente um instrumento para a realização ou implementação de direitos, sendo o mesmo bastante refratário às transformações, movimentos em direção à transformação da sociedade passam - na maior parte das vezes - pela intervenção do direito, enquanto instrumento normativo, e pelo campo da ciência jurídica, o campo do saber teórico.

Para que isto seja possível, é necessário que se pense além do discurso jurídico tradicional. Por tradicional se entende aqui a escola do direito natural²¹⁴ e, por outro lado, o positivismo jurídico, os quais podem ser considerados as bases mais influentes do chamado discurso legal conservador. Se, por um lado, estas duas escolas de pensamento são intrinsecamente diferentes na sua formulação teórica, elas compartilham uma mesma característica: nenhuma delas é capaz de lidar com a crescente complexidade das sociedades modernas. Em ambas se constata uma perspectiva unilateral, incapaz de apreender o plural, a diversidade e a dimensão do conflito que existe contemporaneamente. O direito lida, fundamentalmente, com conflitos, os quais implicam em pluralidade, diferença,

²¹⁴ Ao se falar em direito natural, nesta perspectiva, não se está falando nos direitos fundamentais do homem.

tensão. A escola do direito natural e a escola do positivismo jurídico oferecem respostas distintas a estes problemas: seja a aceitação resignada da sua “natural” ocorrência no mundo; seja negando tais dimensões completamente, como se as mesmas não existissem, de acordo com o direito positivo, o qual ignora as diferenças e simbolicamente assimila as incertezas.

Em uma perspectiva que se constitui, certamente, como um avanço à perspectiva conservadora, encontra-se o que se poderia chamar de uma perspectiva hermenêutico-crítica do direito. Esta perspectiva oferece uma possibilidade estimulante ao repensar da teoria jurídica, uma vez que procura equacionar, a partir de uma visão mais “aberta” do universo jurídico, as questões que vêm sendo levantadas nas modernas sociedades complexas, no que se refere ao direito, à política, à moral e à ética. No âmbito de uma teoria hermenêutica e crítica do direito, se poderia pensar em uma melhor forma de articulação entre o direito e a política, o discurso jurídico e o discurso político. Porém, ainda esta perspectiva é limitada, por também não conseguir captar de forma ampla o pluralismo, a contingência e a diversidade, característicos das sociedades complexas.

Até aqui foi mencionado o caráter conservador do direito natural e da teoria jurídica positivista, bem como a possibilidade de que estes discursos sejam ultrapassados por uma compreensão hermenêutico-crítica do direito, ainda que esta mesma não forneça uma resposta adequada às demandas das sociedades complexas. O campo de análise aberto a partir destes três aportes teóricos é imenso, levando à necessidade de uma delimitação precisa do objetivo da análise a ser realizada.

Conforme foi exposto no final do capítulo anterior, a democracia, entendida na perspectiva da democracia radical, implica sempre o reconhecimento do pluralismo, do contingente, da diversidade, os quais conduzem a uma tensão, a um conflito inerradicável na sociedade política. Esta tensão, este conflito, se não podem ser eliminados, devem ser equilibrados de forma a permitir a convivência social, ao mesmo tempo em que a sociedade política procura a realização dos seus princípios políticos fundamentais. Porém, é necessário um certo grau de fechamento, para que a própria democracia possa ser vivenciada. E é neste sentido, da obtenção de respostas, que o direito pode ser um importante instrumento de realização da democracia. Desta forma, é necessário buscar

novas maneiras de encarar o problema da aplicação do direito; uma nova perspectiva para a maneira como se constróem as decisões judiciais, adequada ao cenário de uma sociedade radicalmente democrática.²¹⁵

Assim sendo, é necessário analisar em que consistem a visão positivista do direito e a perspectiva hermenêutica. Tal análise será realizada levando sempre em consideração perspectivas jurídicas e políticas, com o intuito, já mencionado, de explicitar novas possibilidades teóricas quanto à problemática da aplicação do direito, tendo em vista um determinado modelo de democracia, que é o da democracia radical. Neste sentido, assim como se pretendeu demonstrar, no capítulo anterior, a impossibilidade de uma “resposta certa” ou uma única resposta para a democracia, a intenção agora é a de demonstrar que não existe uma “resposta certa” ou única, para o problema da aplicação do direito.

Em primeiro lugar, parte-se do pressuposto de que não existe o que se possa chamar de “direito natural”, e de que a perspectiva jusnaturalista do direito não oferece mais nenhuma possível resposta às questões que se travam na atualidade e ao atual estágio de desenvolvimento do saber jurídico. Assume-se que hoje a perspectiva jusnaturalista só tem interesse histórico para a teoria do direito, sendo irrelevante na maioria dos debates teóricos e práticos. Neste sentido, vale mencionar a posição de Habermas: “If one assumes that the natural-law option, which simply subordinate positive law to suprapositive standards, is no longer available, then there are, to begin with, three well-known alternatives (....): (a) legal hermeneutics, (b) legal realism, and (c) legal positivism”²¹⁶.

O chamado realismo não vai ser objeto deste trabalho, partindo do entendimento de que o mesmo não fornece uma base de análise exclusivamente jurídica à problemática da aplicação do direito, uma vez que não diferencia a construção das decisões judiciais das perspectivas pessoais (abrindo margem a

²¹⁵ Na busca de um entendimento mais amplo sobre as relações entre o direito e a política, dois campos de análise distintos, embora interrelacionados, se apresentam de forma imediata: o estudo do problema da regulação jurídica como um todo e o problema da forma pela qual o direito é aplicado pelo Estado. Tendo em vista o eixo de análise adotado neste trabalho, o problema da regulação jurídica não vai ser trabalhado diretamente, concentrando-se o presente capítulo na análise do fenômeno jurídico a partir da problemática da interpretação e aplicação do direito. Para uma análise detalhada da problemática relativa à regulação jurídica, notadamente no cenário brasileiro, conferir: VIEIRA, José Ribas. **Teoria do Estado**. A regulação jurídica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1995.

²¹⁶ “ Quando se assume que a opção do direito natural, a qual simplesmente subordina o direito positivo a padrões suprapositivos, não está mais à disposição, então existem, para

uma postura discricionária) dos juízes. Consoante se sabe, o realismo parte da super-estimação das possibilidades empíricas e políticas presentes na construção da decisão judicial. Estes fatores, externos ao campo da normatividade, permitiriam explicar como os juízes chegam ao final do processo decisório, ao mesmo tempo em que permitiria fazer previsões acerca de decisões futuras. Nesta lógica, a tomada de decisão jurídica não é mais obtida internamente ao sistema normativo, através da seleção adequada de procedimentos, de análise do caso e fundamentação do direito em questão. Nesta ótica, no dizer de Habermas: "Legal hermeneutics already softened up the inner logic of law by embedding completely it in tradition and thereby relativizing it. That logic now completely disappears in a "realistic" description of the causal process of adjudication"²¹⁷. Desta forma, desaparece qualquer fronteira entre o direito e o político, tornando a decisão jurídica o ponto de encontro de interesses políticos.²¹⁸

Circunscrito o campo de análise ao positivismo e à perspectiva hermenêutica, é necessário referir que estes serão estudados a partir da análise do pensamento de seus principais expoentes. Com certeza os autores elencados não esgotam o campo analítico, mas parte-se da compreensão de que os mesmos se constituem em elementos centrais na explicitação destas teorias, sendo a explicitação e refutação das posições dos mesmos suficientes para realizar o objetivo proposto. Assim, dentro da chamada corrente positivista, serão referidos Hans Kelsen e Herbert Hart²¹⁹, e dentro da matriz hermenêutica será

começar, três alternativas bastante conhecidas (...): (a) hermenêutica jurídica, (b) realismo, e (c) positivismo jurídico". (HABERMAS, **Between facts...**, *op. cit.*, p. 199).

²¹⁷ "A lógica própria do direito, já amolecida na visão da hermenêutica jurídica, ou seja, relativizada através da inserção numa tradição, desaparece agora por completo, sob uma descrição 'realista' do processo de aplicação do direito." (*Id. ibid.*, p. 201).

²¹⁸ Neste ponto, vale novamente ressaltar a posição de Habermas: "From the standpoint of Legal Realism, the Freirechtsschule ("Free-Law School"), and Interest Jurisprudence, one can no longer clearly distinguish law and politics in terms of structural features. If, however, legal decision making can be assimilated to naked power process, then it no longer makes sense to hold that consistent decisions based on a system of sufficiently determinate norms can secure legal certainty." (HABERMAS, **Between facts...**, *op. cit.*, p. 201). "Na visão do realismo legal, da Freirechtsschule (Escola do Direito Livre) e da jurisprudência de interesses, não é possível fazer uma distinção clara entre direito e política, lançando mão de características estruturais. Contudo, se for possível descrever os processos jurídicos de decisão do mesmo modo que os processos de poder políticos, então não faz mais sentido o postulado segundo o qual a segurança do direito deve ser garantida através de decisões consistentes, na base de um sistema de normas suficientemente determinadas."

²¹⁹ Como é possível perceber no desenrolar do trabalho, Hart pode ser considerado ainda um representante do positivismo jurídico, dada a importância que atribui ao papel das regras dentro do direito, ao mesmo tempo em que sua teoria se propõe a fazer uma análise descritiva deste. Porém, ainda assim, este autor introduz o paradigma hermenêutico na análise jurídica, a

referido o trabalho de Ronald Dworkin. Tendo em vista o atual debate que vem sendo travado na Filosofia Política e na Filosofia do Direito, acerca de uma melhor adequação entre direito e política, democracia e direitos, e a atualidade e importância do pensamento de Dworkin, este último será objeto de maiores considerações.

A análise se inicia com o pensamento kelseniano. Em um primeiro momento, a intenção é delimitar a perspectiva epistemológica contida na principal obra deste autor, a *Teoria Pura do Direito*²²⁰. Com isto, será possível compreender em que sentido se compreende a noção de **pureza**, bem como entender este pressuposto epistemológico como tentativa de obtenção de uma resposta formal e única, frente à diversidade característica das sociedades modernas. Feito isto, serão explicitados alguns conceitos básicos contidos nesta obra, com o objetivo de fornecer uma compreensão teórica de seus significados. Por último, se procurará demonstrar em que medida a perspectiva kelseniana é insuficiente para compreender o direito em face da crescente complexidade social.

A análise que Herbert Hart faz do direito supera, com certeza, o positivismo jurídico de Kelsen. Hart parte da compreensão do sistema jurídico como sendo a união de normas primárias e secundárias, ao mesmo tempo em que sublinha enorme importância para a regra secundária de **reconhecimento**. É justamente ao introduzir a noção de regras secundárias - regras sobre regras - e ao frisar a importância do ponto de vista interno e externo sobre as normas, que Hart supera a perspectiva reducionista da teoria kelseniana. E, com a introdução destes dois pontos de vista, Hart introduz o paradigma hermenêutico no direito, ressaltando a importância do participante ou intérprete. Porém, a perspectiva hartiana ainda é basicamente condicionada pelo papel que as regras desempenham na elaboração da idéia de direito, motivo pelo qual ele pode ser ainda elencado numa perspectiva positivista do direito. No tocante a este autor, vai se procurar demonstrar em que medida ele avança a perspectiva epistemológica kelseniana, bem como a questão da aplicação do direito é por ele analisada. Para tanto, vai

partir da importância que atribui aos chamados ponto de vista interno e externo, bem como à importância do participante.

²²⁰ Neste trabalho será utilizada a 2. ed. do *Teoria Pura do Direito*, de 1960, na sua 5. ed. em língua portuguesa. Kelsen, Hans. *Teoria pura do Direito*. 5. ed. Coimbra : Arménio Amado, 1979. Daqui para a frente a *Teoria Pura do Direito* será sempre referida por **TPD**.

ser abordada a natureza estrutural do sistema jurídico como união de normas primárias e secundárias, ressaltando a importância da já referida regra de reconhecimento. Feito isto, o intuito será o de explicitar as insuficiências da teoria hartiana da aplicação do direito.

Superando a perspectiva positivista, com a assunção de um ponto de vista eminentemente hermenêutico, este capítulo terminará com a análise do pensamento de Ronald Dworkin no tocante ao problema da aplicação do direito. Este autor tem uma importante produção teórica no campo da filosofia do direito e também da filosofia política e sua produção científica permite pensar a posição do direito - e da sua aplicação - no âmbito das sociedades liberais. Sua obra é bastante vasta e por óbvio a análise a ser realizada não visa ao esgotamento da mesma. Neste sentido, o recorte teórico proposto se enquadra na perspectiva do direito como integridade - *law as integrity*. É justamente neste aspecto que Dworkin constrói a sua teoria da aplicação do direito, bem como elabora a idéia de uma comunidade de princípios, tendo como pano de fundo o ideário político liberal. Desta forma, a intenção é a de explicitar em que se constitui a idéia do direito como integridade, com a exposição das idéias-chave contidas nesta formulação, e o que vem a ser esta comunidade de princípios sugerida pelo autor. Feito isto, se procurará demonstrar como, no fundo, a busca de uma resposta certa ou única para a aplicação do direito é insuficiente na perspectiva da democracia radical, uma vez que o fechamento de sentido, o esgotamento das possibilidades discursivas é impossível, nesta perspectiva.

5.1 HANS KELSEN E A *TEORIA PURA DO DIREITO*

5.1.1 Delimitação da Perspectiva Epistemológica

Logo no prefácio à 2ª edição da *TPD*, Kelsen explicita o seu pressuposto epistemológico fundamental: "O problema da Justiça, enquanto problema valorativo, situa-se fora de uma teoria do Direito que se limita à análise do Direito

positivo como sendo a realidade jurídica”.²²¹ Nesse momento, reconhece as dificuldades de realização do objetivo de se conceber uma teoria jurídica restrita à análise do Direito positivo, purificada de quaisquer conotações metafísicas ou políticas:

Agora, como antes, uma ciência jurídica objetiva que se limita a descrever o seu objecto esbarra com a pertinaz oposição de todos aqueles que, desprezando os limites entre ciência e política, prescrevem ao Direito, em nome daquela, um determinado conteúdo, quer dizer, crêem poder definir um direito justo e, conseqüentemente, um critério de valor para o Direito positivo. É especialmente a renascida metafísica do Direito natural que, com esta pretensão, sai a opor-se ao positivismo jurídico.²²²

Tomando estes enunciados como base, pode-se dizer que a teoria kelseniana se pretende “pura” em dois sentidos distintos: a) o objetivo de sua teoria é o de libertar-se de quaisquer considerações ideológicas ou julgamentos de valor quanto ao sistema jurídico positivo; e b) a sociologia jurídica, bem como a política, a economia e outras ciências afins podem ser consideradas ciências auxiliares, mas estão fora da caracterização específica da ciência jurídica. A preocupação de Kelsen era a de formular uma ciência jurídica purificada de elementos valorativos, ao mesmo tempo em que estabelecia um rígido critério de demarcação entre a ciência e o seu objeto, e também entre o mundo do ser e do dever ser. Por detrás deste objetivo, existia uma clara preocupação com o rigor conceitual e com questões de fundo metodológico.

Kelsen recusava a perspectiva com que as chamadas teorias positivistas tratam as ciências naturais, considerando-as reducionistas e inaptas a captarem o sentido do universo normativo, objeto da ciência jurídica. O homem seria intrinsecamente livre e deveria ser considerado como algo mais do que aquilo a que as ciências positivistas empíricas tentam reduzi-lo. Neste sentido, ele tenta preservar a natureza especial da existência humana através da rígida demarcação entre natureza e sociedade. A sociedade é um objeto distinto da natureza e, assim, os procedimentos utilizados pelas ciências naturais não podem ser os mesmos daqueles utilizados pelas ciências sociais. De acordo com este autor, o caráter distintivo da humanidade residiria na sua especial habilidade para produzir e viver de acordo com determinadas normas. Assim, a análise de Kelsen

²²¹KELSEN, *Teoria pura...*, *op. cit.*, p. 14.

²²²*Id. ibid.*

se inicia com uma descrição, um tipo especial de descrição, visando ao entendimento do caráter normativo da convivência dos homens em sociedade.

Kelsen acreditava na necessidade de se criar uma ordem social baseada na autoridade e que fosse, ao mesmo tempo, legítima. Porém, a ciência jurídica deveria manter distância do processo de obtenção de tal legitimidade, pois estas considerações não são pertinentes à análise do ordenamento jurídico em si. A busca histórica por uma sociedade justa não é desvinculada da concreta estrutura legal que existe em cada momento histórico, mas a ordem jurídica não necessita ser explicada a partir de considerações acerca do justo. Aliás, Kelsen reconhecia que não é possível nenhuma garantia de que uma determinada ordem jurídica possa ser considerada efetivamente justa em dado momento. Outrossim, não existe um elemento transcendental ou último que possa outorgar ao direito positivo o adjetivo de justo.

Com o advento da modernidade, deixa de haver a crença em uma autoridade última, capaz de servir como fonte de legitimação e da qual pudessem emanar valores capazes de agregar os homens em torno de um projeto coletivo. Se na pré-modernidade o poder emanava de Deus, notadamente a partir de Hobbes este poder é entregue ao soberano, senhor absoluto de toda autoridade. A fragmentação, característica da modernidade, vai implicar a impossibilidade de os homens identificarem a si mesmos dentro de uma única possibilidade significativa, levando-os a se abrirem a infinitas opções de articulação de sentido. Os dilemas representados pela modernidade levam Kelsen à adoção de uma postura neo-kantiana, no sentido de uma epistemologia prática (se uma percepção “verdadeira” da realidade é impossível, obrigando a adoção de um esquema conceitual para promover o entendimento, é necessário estabelecer qual esquema conceitual vai ser adotado - para a ciência jurídica, o universo normativo do direito). Segundo Wayne Morrison:

This issue is of vital importance for the study of law in two ways: (i) if we are to understand the uniqueness of the phenomenon of law we need a science which is faithful to the phenomenon; (ii) law itself needs to cope with the epistemological relativism that characterises the world if we face up the absence of God, which means, epistemologically, that there is no one master script to be found to reconcile all the variation we experience.²²³

²²³ “Esta questão é de importância vital para o estudo da lei em dois sentidos: I) se é para nós entendermos a unicidade do fenômeno jurídico nós necessitamos uma ciência jurídica que

A solução kelseniana para estes problemas é a criação de um procedimento formal. Para resolver a incerteza epistemológica a solução é procedimental.

A ciência jurídica não tem por finalidade nenhum esquema de justificação do mundo ou da realidade normativa de uma sociedade dada. Nas palavras de Kelsen:

Quando a si mesma se designa como 'pura' teoria do direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo que não pertença ao seu objeto, tudo quanto se não possa, rigorosamente, determinar como direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental.²²⁴

Isto não significa dizer que o direito não possa ser justificado, ou que ele não necessite justificação. A posição de Kelsen apenas ressalta o fato de que, a seu ver, esta justificação não é o objetivo da ciência jurídica.

Com o intuito de realizar tal premissa, Kelsen parte do dualismo metodológico kantiano entre ser e dever ser, juízos da realidade e juízos de valor. No dizer de Leonel Rocha, Kelsen, fiel ao relativismo neo-kantiano, "optou pela construção de um sistema jurídico unicamente no mundo do dever ser".²²⁵ Neste sentido, existe uma superestimação, na TPD, dos pressupostos lógicos constitutivos, em detrimento dos pressupostos fáticos do conhecimento.

Kelsen, conforme referido acima, assume como inevitável a complexidade do mundo em si.

Para ele (Kelsen), o social (e o direito) são devidos às suas heteróclitas manifestações constituídas por aspectos políticos, éticos, religiosos, psicológicos e históricos. E a esse respeito não cabe ao cientista do direito nada comentar. A

seja confiável a respeito deste fenômeno; II) a lei em si mesma necessita lidar com o relativismo epistemológico que caracteriza o mundo se encarmos a ausência de Deus, o que significa, epistemologicamente, que não existe nenhum *script* mestre que possa ser encontrado para reconciliar todas as variações que experimentamos" MORRISON, Wayne. **Jurisprudence** : from the greeks to post-modernism. London : Cavendish, 1997. p. 329. Este livro contém uma perspicaz análise da obra de Kelsen, a qual elucidou algumas dúvidas da autora quanto ao pensamento kelseniano.

²²⁴ KELSEN, Teoria pura..., *op. cit.*, p. 17.

²²⁵ ROCHA, Leonel Severo. Comentários sobre a Teoria Pura do Direito. In: _____. **Epistemologia jurídica e democracia**. São Leopoldo : Unisinos, 1998. p.66.

função do cientista é a construção de um objeto analítico próprio e distinto destas influências. A partir desta constatação Kelsen vai procurar, assim como Kant, depurar essa diversidade e elaborar uma *ciência* do direito. Ou seja, na teoria pura uma coisa é o direito, outra, distinta, é a ciência do direito. O direito é a linguagem-objeto e a ciência do direito a meta-linguagem: dois planos lingüísticos diferentes.²²⁶

Em vários momentos Kelsen se utiliza das noções de linguagem-objeto e metalinguagem, criadas por Bertrand Russel para superar paradoxos lógicos. A linguagem-objeto representa aquilo sobre o que se fala, enquanto a metalinguagem é a linguagem que fala daquele objeto. Assim, num primeiro nível, a norma jurídica funciona como um esquema de interpretação do mundo, ou seja, ela é a metalinguagem que interpreta o mundo. Em um segundo momento, a norma jurídica serve como linguagem-objeto para a ciência jurídica, que vai se constituir enquanto metalinguagem para aquela, o seu saber teórico. É precisamente esta distinção que possibilita a Kelsen falar em pureza da ciência jurídica, ao mesmo tempo em que reconhece o caráter nitidamente político e moral do sistema jurídico. Se ambos - ciência jurídica e direito - se encontrassem no mesmo plano lingüístico, tal separação não seria possível.

Desta forma, a necessidade da criação de uma ciência jurídica pura, centrada no rigor metodológico e objetivando um conhecimento não valorativo da norma jurídica surge como resposta kelseniana à inevitável complexidade do mundo e à abertura infinita de sentidos que acompanham o advento da modernidade.

5.1.2 Norma e Interpretação

Kelsen partia do pressuposto de que o sistema jurídico era um sistema autônomo, auto-referente e logicamente interrelacionado, além de ser hierárquico na sua estrutura. A partir destes pressupostos, o objetivo central da TPD é o de detalhar as diferentes espécies de relacionamento entre as normas dentro do sistema, esclarecer a possibilidade de conflito e contradição entre as mesmas, e tratar do problema da interpretação.

²²⁶ ROCHA, *Três matrizes...*, op. cit., p. 92.

Na visão kelseniana, o direito também não deixa de ser entendido como uma técnica de controle social. Esta técnica seria essencialmente: “ (...) (i) a coercive methodology operating through the systematic use of sanctions; and (ii) applied by agents, or officials, authorised by the legal order to apply sanctions”.²²⁷ O elemento central da problemática kelseniana está na coerção, no uso da sanção. Uma norma jurídica é uma norma de dever-ser dirigida aos oficiais do “sistema” para que eles apliquem sanções em determinadas circunstâncias concretas. De maneira geral, o direito se constitui em instruções para a aplicação de sanções, quando a conduta do agente se constitui em um delito. Para Kelsen, a norma que estipula a sanção é chamada de norma primária, e só ela pode ser entendida propriamente como norma jurídica. E é justamente a ocorrência da conduta tida como delituosa que confirma a norma jurídica primária, levando à sua aplicação. Da autonomia do direito, no pensamento deste autor, decorre a afirmação de que não existe o “mau em si” (*mala in se*), o que é considerado mau o é por ser objeto de uma norma jurídica que impõe uma sanção à ocorrência daquela conduta, ou seja, o *mala prohibita*. E nas palavras do autor: “ É de *per se* evidente que uma determinada conduta ou omissão humana é feita pela ordem jurídica pressuposto de um acto de coacção porque essa acção ou omissão é considerada pela autoridade jurídica, como socialmente indesejável ou nociva.”²²⁸

Além de ser uma ordem coativa, o sistema jurídico é uma ordem fundada na noção de hierarquia. As normas jurídicas recebem sua validade de normas jurídicas superiores, as quais são mais gerais, até um ponto em que este regresso não é mais possível e se chega ao ponto culminante do sistema. Este ponto é representado pela norma hipotética fundamental, ou *Grundnorm*.²²⁹ Esta norma constitui o fundamento de validade de todas as demais normas do sistema. Esta dedução da validade se dá através de uma operação lógica. O

²²⁷ “ (...) (I) uma metodologia coercitiva operando através do uso sistemático de sanções; e (II) aplicáveis por agentes, ou oficiais, autorizados pela ordem jurídica a aplicar sanções”. MORRISON, *Jurisprudence*, *op.cit.*, p. 333.

²²⁸ KELSEN, *Teoria pura...*, *op. cit.*, p. 168.

²²⁹ “Como já notámos, a norma que representa o fundamento de validade de uma outra norma é, em face desta, uma norma superior. Mas, a indagação do fundamento de validade de uma norma não pode, tal como a investigação da causa de um determinado efeito, perder-se no interminável. Tem de terminar numa norma que se pressupõe como a última e a mais elevada. Como norma mais elevada, ela tem de ser *pressuposta*, visto que não pode ser *posta* por uma autoridade, cuja competência teria de se fundar numa norma ainda mais elevada. A sua validade já não pode ser derivada de uma norma mais elevada, o fundamento da sua validade já não pode ser

fundamento de validade é por ela fornecido, mas não o conteúdo que as demais normas do sistema devem ter. Esta norma não pode ser posta em questão e por isso diz-se que ela é pressuposta.

Segundo Rocha, na TPD aparecem três designações da norma fundamental: “a) como primeira constituição histórica; b) como fundamento de validade do sistema normativo e c) como pressuposição lógico-transcendental”.²³⁰ A primeira constituição histórica é aquela que teria dado vigência a todas as constituições posteriores, funcionando como fundamento de validade destas. Como fundamento de validade do sistema, a norma fundamental representa o topo da pirâmide jurídica, onde todas as demais normas vão buscar sua validade. Já como pressuposição lógico-transcendental, a norma fundamental é um pressuposto gnoseológico, que afirma, em espiral, que uma norma é válida porque ela tem que ser válida.

Porém, a validade é condição necessária, mas não suficiente, para a existência de um sistema jurídico. Além desta, também se exige a eficácia, ou seja, que o ordenamento jurídico seja efetivo sobre um determinado território. Assim: “Uma ordem jurídica é considerada válida quando as suas normas são, numa *consideração global*, eficazes, quer dizer, são de fato observadas e aplicadas”.²³¹ Quando o sistema jurídico perde sua eficácia, como um todo, ele perde também sua validade. Assim, não se pode ter validade sem se ter eficácia, mas se pode ter eficácia sem validade, isto é, quando a norma é efetivamente observada, mas não se reveste dos fundamentos de validade elencados pelo sistema.

Já no tocante à problemática da aplicação do direito, fiel àquilo que foi construído na TPD, Kelsen é propositadamente vago. Segundo ele, o direito a ser aplicado se constituiria em uma “moldura dentro da qual há várias possibilidades de aplicação”.²³² E, neste sentido: “ Se por ‘interpretação’ se entende a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias

posto em questão. Uma tal norma, pressuposta como a mais elevada, será aqui designada como norma fundamental (*Grundnorm*). (KELSEN, *Teoria pura...*, op. cit., p. 269).

²³⁰ ROCHA, *Comentários sobre ...*, op. cit., p. 70.

²³¹ KELSEN, *Teoria pura...*, op. cit., p. 298.

²³² *Id. ibid.*, p. 466.

possibilidades que dentro da moldura existem”.²³³ Todas as possibilidades significativas, contidas dentro desta moldura, teriam igual valor, não decorrendo do ato interpretativo, que fixa o sentido da norma para o caso concreto, qualquer sentido de justiça, ou da melhor resposta para o caso concreto. Ao contrário, a norma individual, fruto da interpretação, é uma das soluções possíveis, dentro da moldura oferecida pelo ordenamento jurídico. Ao assim afirmar, Kelsen ressalta o caráter volitivo da interpretação:

Configura o processo desta interpretação como se se tratasse tão-somente de um ato intelectual de clarificação e de compreensão, como se o órgão aplicador do Direito apenas tivesse que pôr em acção o seu entendimento (razão), mas não a sua vontade, e como se, através de uma pura actividade de intelecção, pudesse realizar-se, entre as possibilidades que se apresentam, uma escolha que correspondesse ao Direito positivo, uma escolha correta (justa) no sentido do direito positivo.²³⁴

Só que, do ponto de vista do direito positivo, não existe um método capaz de conduzir à melhor resposta, estabelecer que um sentido deva prevalecer sobre o outro. Mas a determinação da resposta correta não é um ato do aplicador da lei, a este cabe escolher uma entre as várias soluções possíveis. A determinação da melhor resposta a uma situação é um ato de política jurídica. E pode-se concluir, com Kelsen:

A tarefa que consiste em obter, a partir da lei, a única sentença justa (certa) ou o único acto administrativo correcto é, no essencial, idêntica à tarefa de quem se proponha, nos quadros da Constituição, criar as únicas leis justas (certas). Assim como da Constituição, através de interpretação, não podemos extrair as únicas leis correctas, tão-pouco podemos, a partir da lei, por interpretação, obter as únicas sentenças correctas.²³⁵

²³³ *Id. ibid.*, p. 467.

²³⁴ *Id. ibid.*, p. 467.

²³⁵ *Id. ibid.*, p. 469.

5.1.3 Limites

Podem ser identificados 3 (três) sonhos teóricos do positivismo jurídico²³⁶: a) o da distância, b) o da transparência, e c) o do controle. Kelsen representaria perfeitamente bem estes ideais do positivismo.

O positivismo parte da necessidade de se estabelecer uma unicidade de propósito e um sentido único, capaz de estabilizar as relações sociais, numa sociedade fragmentada em múltiplas possibilidades significativas. A fragmentação do social e o conseqüente esvaziamento de uma concepção abrangente de bem, característicos da modernidade, levam à necessidade de estabilização de algumas expectativas, função desempenhada pelo ordenamento jurídico. O positivismo separa, distancia o indivíduo/sujeito e o ordenamento jurídico; questões de validade, legitimidade e obediência seriam questões independentes. Assim, o sonho do distanciamento se configura: "Legal positivism creates and celebrates the distancing of law, morality, social purpose and legal subjectivity. One purpose is to enable the subject to be free of ideology and orientate him/herself 'rationally' toward the law and its demands."²³⁷

No tocante ao sonho da transparência, este decorre da concepção moderna que vincula a emancipação ao conhecimento.²³⁸ A liberdade estaria conectada a um conhecimento perfeito das estruturas necessárias da realidade e à sua conformação a estas. O positivismo jurídico identifica o direito moderno com a vontade do homem - o direito como uma estrutura que envolve coerção, violência, mas como uma imposição que cria uma estrutura social cujo objetivo principal é a sobrevivência, condição básica da vida em sociedade. Este sonho da transparência se liga a um ideal de controle, controle da realidade multifacetada através de um instrumento de coerção - o direito - identificado com o Estado.

Se a teoria pura kelseniana surge da necessidade de uma resposta formal e lógica à realidade indeterminada e contingente, significados da modernidade, a

²³⁶ MORRISON, *Jurisprudence*, op. cit., p. 347.

²³⁷ "O positivismo jurídico cria e celebra a separação da lei, moralidade, propósitos sociais e subjetividade jurídica. O propósito é habilitar o sujeito a libertar-se da ideologia e orientar a si mesmo 'racionalmente' em direção à lei e suas demandas" (*Id. ibid.*, p. 347).

²³⁸ "(....) the modern subject becomes free where he/she attains a state of lucid self-consciousness based on the knowledge of the nature of one's context and how things function" (*Id. ibid.*). " (....) o sujeito moderno se torna livre quando ele/ela atinge um estado de auto-consciência baseado no conhecimento da natureza do contexto de cada um e de como as coisas funcionam".

mesma é insuficiente para a plena compreensão desta. A realidade da modernidade é caracterizada por esta indeterminação de sentidos que atingem a lei, o conhecimento e os faz carecer de fundações últimas. O conhecimento é sempre fronteiro ao não-conhecimento, e determinado por uma série de narrativas. Empiricamente, a sociedade não tem estruturas definidas, predeterminadas, não existe um ponto de vista universal à sua compreensão. Percebendo o colapso dos pontos tradicionais de certeza - Deus, a razão, o próprio Estado (o soberano, senhor da justiça), Kelsen cria a sua teoria pura do direito, com o intuito de ser uma ciência que realize os ideais de distanciamento, transparência e controle.

Ao separar a ciência jurídica do direito, e ao afirmar que o direito não necessariamente deva ter qualquer conteúdo moral, Kelsen cria uma distância segura entre a ciência jurídica e o seu objeto, possibilitando àquela uma análise formal do conteúdo do direito, sem o questionamento da multiplicidade de conteúdos morais, éticos e políticos contidos no mesmo. Também seria a ciência jurídica, na ótica da TPD, transparente, no sentido de que toda proposição jurídica - maneira da ciência jurídica manifestar seus enunciados - não seria mais do que a explicitação do conteúdo normativo das regras jurídicas, levando a uma compreensão unívoca do sentido do ordenamento. Por fim, a indeterminação do conhecimento poderia, desta forma, restar 'controlada', uma vez que se fecham as possibilidades de sentido.

Entretanto, é impossível que tais **sonhos** possam tornar-se realidade. A tentativa kelseniana de fechar as possibilidades de sentido, e compreender o direito numa perspectiva formal, não permite compreender a multiplicidade de facetas inerentes ao fenômeno jurídico. Ao igualar o direito ao Estado, e ao reduzir a sua maior importância à noção de sanção, a análise deste autor deixa de levar em consideração que o ordenamento jurídico, para além de ser um instrumento de ordenação social, pode ser também um instrumento de emancipação. Ao contrário do que alguns críticos apressados colocam, Kelsen sempre foi um defensor da democracia. Porém, a sua maneira de conceber o direito, e também a problemática da sua aplicação, não responde adequadamente à pergunta de como o direito pode ser um instrumento que efetivamente viabilize a concretização de uma sociedade democrática. Ao contrário, a tentativa de tornar o sistema jurídico refratário a princípios não-

jurídicos visa a produção de decisões jurídicas desvinculadas de considerações políticas, de qualquer natureza. Ao reduzir o problema da interpretação à adequação de sentidos possíveis dentro de uma **moldura**, significada pelo direito positivo, objetiva-se a desvinculação da decisão de qualquer fundamento supra-positivo de justificação. Nesta ótica, isola-se o direito positivo e seu aplicador em um casuário, instrumentos mecânicos de uma estabilização não valorativa do social. Desta forma, torna-se impossível vislumbrar o ideal de emancipação, caro ao projeto democrático, dentro da perspectiva da Teoria Pura do Direito.

5.2 O POSITIVISMO *LIGHT* DE HERBERT HART

Embora Herbert Hart²³⁹ seja, sem dúvida, um representante do chamado positivismo jurídico, este autor supera, em alguns pontos, o reducionismo desta escola, introduzindo na análise jurídica o chamado paradigma hermenêutico. O enquadramento da teoria hartiana dentro do positivismo jurídico deve-se ao fato de que o mesmo realiza uma análise do direito a partir da noção de regra e de obrigação jurídica. Neste autor, o direito é entendido como um sistema constituído pela união de normas primárias e secundárias; as primeiras seriam normas de obrigação, enquanto as segundas são meta-normas, dirigidas ao reconhecimento, alteração e aplicação daquelas (consoante se verá no decorrer deste item). Elemento central da sua análise é o conceito de obrigação jurídica, noção através da qual o sujeito internaliza o caráter compulsório da obediência à norma jurídica. Fiel à tradição positivista, a legitimação do sistema se dá pela referência à legalidade do procedimento de normatização, ou seja, uma análise da procedência da norma jurídica, a análise do processo correto de positivação. No dizer de Habermas "The legitimation of the legal order as a whole shifts to its origin, that is, to a basic norm or rule of recognition that legitimates everything without itself being capable of rational justification; as part of a historical form of

²³⁹ Para uma análise mais detalhada do pensamento deste autor, conferir, entre outros, KOZICKI, H.L.A. Hart..., *op. cit.* e KOZICKI, Katya. O positivismo jurídico de Hart e a perspectiva hermenêutica do direito. In: ROCHA, Leonel Servero (Org.) **Paradoxos da auto-observação**. Percursos da teoria jurídica contemporânea. Curitiba : JM Editora, 1997. p. 127-149.

life, it must be factually accepted as settled custom.”²⁴⁰ O sistema jurídico, tomado como sistema autônomo e auto-referente, condiciona a validade ao atendimento dos procedimentos juridicamente prescritos para a produção de novas normas.

Porém, ainda que a análise de Hart seja fiel aos cânones do positivismo jurídico, este autor amplia o campo de análise, inserindo na análise do fenômeno jurídico o paradigma hermenêutico. A introdução deste paradigma, o qual coloca em relevo a função do participante (intérprete) constitui um importante avanço e abertura no processo do conhecimento jurídico. Esta abertura é significada pelo deslocamento que o autor realiza no tocante aos planos de análise: de um conhecimento do direito preocupado com os aspectos sintáticos e semânticos da linguagem jurídica, passa-se a uma análise preocupada com os aspectos pragmáticos da linguagem do direito, privilegiando os usos e funções desta. O comportamento significativo é um comportamento governado por regras e a explicitação do sentido deste comportamento implica a “apreensão” de tais regras.²⁴¹ Nesta perspectiva, a explicação dos fenômenos sociais não pode prescindir da compreensão das suas regras internas, ditas regras constitutivas de sentido.

Feitas estas considerações iniciais, passa-se agora à análise do pensamento de Hart, com foco na estrutura do sistema do sistema jurídico como união de normas primárias e secundárias, bem como na maneira como este concebe a questão da aplicação do direito. Em seguida, vão ser explicitados os limites de sua abordagem quanto à esta última problemática.

5.2.1 O Sistema Jurídico como União de Normas Primárias e Secundárias

Parte da análise que Hart faz do direito prende-se a uma compreensão estrutural e funcional deste. A análise da estrutura do ordenamento jurídico surge neste autor como crítica ao pensamento de John Austin, para quem o direito seria

²⁴⁰ “A legitimação da ordem jurídica em sua totalidade é transportada para o início, isto é, para uma regra fundamental ou regra de reconhecimento, a qual legitima tudo, sem ser, porém, passível de uma justificação racional; ela tem que ser assimilada faticamente como parte de uma forma de vida histórica, portanto, conforme o costume” (HABERMAS, *Between facts...*, *op. cit.*, p. 203).

um modelo “simples” de ordens coercitivas²⁴². Na análise dos elementos que compõem o sistema jurídico residiria um dos pontos principais para a correta apreensão do que venha a ser o direito.

Em primeiro lugar, este autor imagina uma sociedade sem poder legislativo, tribunais ou juízes; uma sociedade com um grau bastante simples de organização, onde somente se encontrassem normas primárias de obrigação. Esta sociedade encontraria alguns problemas quanto a esta sua forma de organização, obrigando á introdução das chamadas regras secundárias. Estas regras secundárias visam a solucionar os problemas das regras primárias, constituindo-se em regras sobre regras, ou meta-regras. E é a introdução destas regras secundárias no sistema que marca a passagem do mundo pré-jurídico ao mundo jurídico.²⁴³

Um primeiro defeito em uma sociedade que só contasse com normas primárias seria a incerteza. Neste caso, não há como determinar ou *reconhecer*, de forma precisa, quais efetivamente são as regras que devem reger a conduta do grupo. Um segundo problema seria o caráter estático das regras, ou seja, não existem autoridades capazes de alterar, extinguir ou acrescentar novas regras primárias ao sistema. E, por fim, tem-se a ineficácia da pressão social difusa, a qual importa que os castigos pela violação da regra não são aplicados por uma instância especial, mas são deixados ao ofendido ou ao grupo social. Visando a

²⁴¹ LAMEGO, José. *Hermenêutica e jurisprudência*. Lisboa : Fragmentos, 1990. p. 109.

²⁴² Uma perspicaz análise à posição de Hart quanto à estrutura do sistema jurídico pode ser encontrada em MacCORMICK, Neil; WEINBERGER, Ota. **Pour une théorie institutionnelle du droit. Nouvelles approches du positivisme juridique**. Bruxelles: E. Story-Scientia, 1992. Conferir especialmente o Capítulo VI deste livro, p. 133-151.

²⁴³ Nas palavras do autor: “Under rules of the one type, human beings are required to do or abstain from certain actions, wheter they wish to or not. Rules of the other type are in a sense parasitic upon or secondary to the first; for they provide that human beings may by doing or saying certain things introduce new rules of the primary type, extinguish or modify old ones, or in various ways determine their incidence or control their operations. Rules of the first type impose duties; rules of the second type confer powers, public or private. Rules of the first type concern actions involving physical movement or changes; rules of the second type provide for operations which lead not merely to physical movement or change, but to the creation or variation of duties or obligations” (HART, Herbert. **The concept of law**. Oxford : Clarendon Press, 1975, p. 79). Daqui para a frente esta obra será referida apenas por CL. “Por força das regras de um tipo, que bem pode ser considerado o tipo básico ou primário, dos seres humanos é exigido que façam ou se abstenham de fazer certas ações, quer queiram ou não. As regras do outro tipo são em certo sentido parasitas ou secundárias em relação às primeiras: porque asseguram que os seres humanos possam criar, ao fazer ou dizer certas coisas, novas regras do tipo primário, extinguir ou modificar as regras antigas, ou determinar de diferentes modos a sua incidência ou fiscalizar sua aplicação. As regras do primeiro tipo impõem deveres, as regras do segundo tipo atribuem poderes, públicos ou privados. As regras do primeiro tipo dizem respeito a ações que envolvem

sanar estes problemas, a passagem do mundo pré-jurídico ao mundo jurídico consistiria na introdução das seguintes regras secundárias (respectivamente aos problemas apresentados): a) regra de reconhecimento, b) regras de alteração e c) regras de julgamento (*rules of adjudication*).

A regra de reconhecimento indica o modo pelo qual as demais regras do sistema podem ser identificadas, ao mesmo tempo em que estabelece seus critérios de validade. Esta regra tem uma natureza fática, empírica, funcionando como fundamento do sistema mas, ao mesmo tempo, não se subordinando a nenhum critério posto de validade.²⁴⁴

Visando a solucionar o caráter estático das regras, são introduzidas no sistema as regras de alteração, objetivando conferir poderes a pessoas ou órgãos para que modifiquem, retirem ou acrescentem novas regras ao sistema jurídico ("The simplest form of such a rule is that which empowers an individual or body of persons to introduce new primary rules for the conduct of the life of the group, or of some class within it, and to eliminate old rules"²⁴⁵).

Para solucionar o problema da ineficiência do sistema, são introduzidas as regras secundárias de aplicação.²⁴⁶ Estas regras atribuem poderes judiciais para que o direito possa ser aplicado e a violação às regras primárias de obrigação possa ser solucionada ("(...) consists of secondary rules empowering individuals to make authoritative determinations of the question whether, on a particular occasion, a primary rule has been broken").²⁴⁷

A compreensão do sistema jurídico como união de regras primárias e secundárias está vinculada à compreensão da noção de obrigação jurídica, bem como ao entendimento do que venham a ser os pontos de vista interno e externo sobre as regras. Em Hart, é a explicitação de certos comportamentos como

movimento ou mudanças físicos; as regras do segundo tipo tornam possíveis atos que conduzem não só a movimento ou mudanças físicos, mas à criação ou alteração de deveres ou obrigações."

²⁴⁴ A regra de reconhecimento possui uma importância bastante grande no pensamento deste autor. Entretanto, um maior aprofundamento quanto à sua caracterização foge aos objetivos deste trabalho. Para tanto, bem como para uma comparação entre a regra de reconhecimento e a norma fundamental de Kelsen, conferir KOZICKI, H.L.A. HART....., *op. cit.*, p. 84-94.

²⁴⁵ "A forma mais simples de tal regra é a que confere poder a um indivíduo ou a um corpo de indivíduos para introduzir novas regras primárias para a conduta da vida do grupo, ou de certa classe dentro dele, e para eliminar as regras antigas" (HART, *The concept...*, *op. cit.*, p. 93).

²⁴⁶ Em inglês, estas regras são chamadas de *rules of adjudication*. Como no caso do direito brasileiro o termo adjudicação possui um significado mais restrito, dentro da esfera processual, optou-se por fazer a tradução por *regras de julgamento*.

obrigatórios, ou não, que permite a apreensão do significado do fenômeno jurídico (“(...) where there is law, there human conduct is made in some sense non-optional or obligatory”)²⁴⁷. Hart, na esteira das discussões que vinham sendo travadas em Oxford nas décadas de 50 e 60, se utiliza em larga escala do trabalho de J.L. Austin e Ludwig Wittgenstein. Ele parte da segunda fase do pensamento de Wittgenstein, a chamada Filosofia da Linguagem Ordinária, dentro do pressuposto de que, analisando as distinções e usos existentes na linguagem comum (como, por exemplo, as diferenças entre os enunciados *ter uma obrigação* e *ser obrigado a*), seria possível um conhecimento maior acerca das práticas sociais e do sentido das regras sob as quais se vive.

Conforme já foi dito, onde houver direito haverá a imposição de condutas. Com isso se quer dizer: “a) o direito se caracteriza por estabelecer obrigações, b) é através das regras que estas obrigações são estabelecidas e c) embora as regras imponham obrigações (ou melhor, que as obrigações estejam enunciadas em regras), nem toda regra contém, necessariamente, uma obrigação.”²⁴⁹

Três traços são distintivos da caracterização das regras jurídicas como obrigatórias. Em primeiro lugar, a regra é concebida e referida como impondo uma obrigação quando existe uma grande pressão social no sentido do seu cumprimento. Em segundo lugar, estas mesmas regras são consideradas importantes, no sentido de acreditar-se que elas são necessárias à manutenção da vida social ou de algum aspecto desta. Por último, a regra pode estar em conflito com aquilo que é desejado pelo sujeito a quem ela se destina em um determinado momento e, neste caso, ela vai exigir um certo sacrifício ou renúncia.

Partindo destas noções gerais, Hart diferencia os enunciados *ter uma obrigação* e *ser obrigado a*. De início, a afirmação *ser obrigado a* refere-se às crenças e motivos que levam o sujeito a comportar-se de tal ou qual forma. Normalmente os motivos da obediência estão ligados ao temor de que um mal possa ser imposto, no caso de descumprimento da obrigação. Esta é, tradicionalmente, a situação de quem se vê obrigado a fazer algo por medo, ou

²⁴⁷ “(...) consiste em regras secundárias que dão o poder aos indivíduos para proferir determinações dotadas de autoridade respeitantes à questão sobre se, numa ocasião concreta, foi violada uma regra primária” (HART, *The concept...*, *op. cit.*, p. 94).

²⁴⁸ “(...) onde há direito, aí a conduta humana torna-se, em certo sentido, obrigatória ou não-facultativa” (*Id. ibid.*, p. 80).

sob coação, sem que o sujeito que exige a conduta seja dotado de autoridade (por exemplo, a situação do assaltante de banco que exige a entrega do dinheiro; neste caso, o caixa é *obrigado a entregar* o dinheiro, mas ele *não tem a obrigação* de fazê-lo). Ao contrário, o enunciado *ter uma obrigação* não está vinculado a qualquer motivação psicológica por parte do sujeito destinatário do comando; o sujeito pode ter a obrigação de comportar-se de determinada forma, ainda que não se sinta obrigado a fazê-lo. Neste caso, o emissor do comando goza de autoridade. Neste caso, também um contexto institucional deve estar referido, do qual o direito é um exemplo. Assim, o sujeito *tem a obrigação* de pagar impostos, ainda que no seu íntimo possa sentir que não deveria fazê-lo. Estes dois enunciados estão diretamente relacionados ao ponto de vista interno e externo sobre as regras.

Dentro do instrumental teórico fornecido pela teoria dos jogos de linguagem de Wittgenstein, Hart vê o direito como sendo constituído por um universo de diferentes usos lingüísticos (os enunciados jurídicos), os quais permitem que os seus usuários os interpretem de diferentes formas. Assim, também a postura do destinatário da norma jurídica pode assumir mais de um aspecto. O ponto de vista interno é pressuposto da compreensão das regras que compõem a prática institucional e a explicitação de noções como a de obrigação jurídica só pode ser feita a partir do conhecimento das chamadas “regras constitutivas” do sistema, da gramática do jogo de linguagem em questão.

O ponto de vista interno é um reflexo da maneira pela qual o grupo encara o seu comportamento de acordo com as normas, utilizando-se delas como base para a sua conduta social. Partindo deste ponto de vista, justifica-se a hostilidade para com aqueles que violam as normas do grupo. O formulador deste raciocínio age de acordo com as regras e as aceita como tal, esperando que os outros ajam da mesma forma.

Já o ponto de vista externo - ou do observador do sistema - pode assumir diferentes formas. Neste aspecto, ele pode referir-se à forma pela qual os membros do grupo comportam-se de acordo com as regras, destacando o ponto de vista interno que eles adotam. Ou ele pode apenas restringir-se à mera percepção de padrões regulares de conduta em conformidade com as regras,

²⁴⁹ KOZICKI, H.L.A. Hart..., *op. cit.*, p. 53.

observando também que às atitudes em desconformidade a estas se seguirão reações hostis por parte dos membros do grupo. Desta percepção, o observador externo também pode *predizer* a sanção ou castigo que será imputado àquele que violar a regra.

Neste autor, para se entender o aspecto interno das normas é necessário:

(....) is that there should be a critical reflective attitude to certain patterns of behaviour as a common standard, and that this should display itself in criticism (including self-criticism), demands for conformity, and in acknowledgements that such criticism and demands are justified; all of which find their characteristic expression in the normative terminology of 'ought', 'must', and 'should', 'right' and 'wrong'.²⁵⁰

É justamente este ponto de vista interno que vai posicionar o participante frente ao sistema jurídico, permitindo-lhe a exata compreensão do seu significado. Também este ponto de vista interno vai servir de base à aplicação do direito e à maneira como as regras podem ser aplicadas pelos tribunais, em paralelo à noção de que todas as regras possuem uma *textura aberta*, a qual demanda que o seu sentido venha a ser preenchido por um processo de interpretação.

5.2.2 A Textura Aberta das Regras Jurídicas e o Problema da Aplicação do Direito

Hart realiza grande parte da análise que faz do direito a partir dos pressupostos teóricos fornecidos pela Filosofia da Linguagem Ordinária. Assim procedendo, este autor procura desvendar, conforme observado acima, os usos da linguagem jurídica, certo de que o contexto de uso de um determinado enunciado jurídico possibilita a sua melhor compreensão.

A linguagem natural e, por conseqüência, a linguagem jurídica, não se apresenta sempre de forma inequívoca, clara. Os signos lingüísticos - e os signos

²⁵⁰ "(....) que haja uma atitude crítica reflexiva em relação a certos tipos de comportamento enquanto padrões comuns e que ela própria se manifeste crítica (incluindo auto-crítica), em exigências de conformidade e no reconhecimento de que tais críticas e exigências são justificadas,

jurídicos, em particular - vão apresentar sempre uma infinita possibilidade de sentidos, que não se esgotam num processo de clarificação sintático ou semântico. Esta impossibilidade da comunicação ser sempre precisa resulta que o significado de uma expressão só é obtido em função dentro de um determinado contexto. E a multiplicidade dos usos e funções dos diversos jogos lingüísticos obsta a uma comunicação sem entraves. Assim é que Hart coloca: "In all fields of experience, not only that of rules, there is a limit, inherent in the nature of language, to the guidance which general language can provide".²⁵¹ Este limite da linguagem natural e, por consequência, da linguagem jurídica, é chamado de textura aberta da linguagem. É precisamente a partir do reconhecimento desta textura aberta do direito que este autor elabora a sua teoria da aplicação do direito pelos tribunais.

O direito se caracteriza pelo estabelecimento de padrões gerais de conduta e, cada vez que se tenta orientar condutas através de padrões definidos previamente, surgem duas desvantagens: "The first handicap is our relative ignorance of fact; the second is our relative indeterminacy of aim".²⁵² O mundo em que vivemos é caracterizado por uma infinidade de aspectos e jamais todas as possibilidades poderão ser esgotadas *a priori*. Desta forma, é impossível a criação de regras jurídicas que esgotem todas as possíveis situações que podem surgir no mundo fático, a qualquer momento. Ou seja, os legisladores não podem esgotar, através das regras, todas as circunstâncias que o futuro pode trazer. A isso se alia uma indeterminação quanto à finalidade. Existem casos paradigmáticos, ou claros, que sem dúvida se enquadram sob uma determinada regra. Porém, existem casos que incidem no que se poderia chamar de uma "zona de penumbra" normativa, ou seja, casos em que não se pode precisar e a conduta se enquadra sob a norma ou não, porque não é clara a finalidade da norma em questão.²⁵³

o que se expressa caracteristicamente na terminologia normativa do 'ter o dever de', 'ter de' e 'dever', 'bem' e 'mal'" (HART, *The concept...*, *op. cit.*, p. 56).

²⁵¹ "Em todos os campos da experiência, e não só no das regras, há um limite, inerente à linguagem humana, quanto à orientação que a linguagem geral pode oferecer." (*Id. ibid.*, p. 123).

²⁵² "A primeira desvantagem é a nossa relativa ignorância de fato; a segunda, a nossa relativa indeterminação de finalidade" (*Id. ibid.*, p. 125).

²⁵³ A linguagem natural e a linguagem jurídica, por consequência, pode apresentar três zonas distintas: "a) de luminosidade positiva - composta pelos objetos ou situações onde não existe nenhuma dúvida em relação à sua inclusão na denotação; b) de luminosidade negativa - composta pelos objetos ou situações que com certeza não entram na sua denotação; c) de

A resposta que Hart dá ao problema da textura aberta dos enunciados jurídicos é o reconhecimento da existência da discricionariedade judicial. Assim: "The open texture of law means that there are, indeed, areas of conduct where much must be left to be developed by courts or officials striking a balance, in the light of circumstances, between competing interests which vary in weight from case to case".²⁵⁴ Assumindo a impossibilidade de completude do ordenamento jurídico e a textura aberta do direito, este autor conclui que, mesmo através da interpretação, estes problemas não podem ser superados de forma segura. Isto porque as próprias regras de interpretação são construídas numa linguagem que também pode levar a incertezas.

Desta forma, existirão sempre casos juridicamente não regulados ou regulados de forma não conclusiva. Nestas situações, o juiz encarregado de julgar o caso concreto pode não ter condições, com base no direito preexistente, de fornecer uma resposta conclusiva em um ou em outro sentido. Quando isto acontece, o positivismo jurídico, especialmente em Hart, admite que o juiz goza de um poder discricionário e que ele está autorizado a criar direito, no sentido de suprir as lacunas que impedem a sua atuação ("In every legal system a large and important field is left open for the exercise of discretion by courts and other officials in rendering initially vague standards determinate, in resolving the uncertainties of statutes, or in developing and qualifying rules only broadly communicated by authoritative precedents")²⁵⁵. São situações em que o magistrado, para decidir, não somente cria direito novo mas, paralelamente, se utiliza do direito preexistente, na medida em que este fornece os limites à sua atuação discricionária.

O magistrado, ao atuar de forma discricionária, o faz sofrendo inúmeras restrições, as quais estão contidas no ordenamento jurídico como um todo. Ou

incerteza - onde existem legítimas dúvidas quanto ao objeto entrar ou não na denotação." (WARAT, Luiz Alberto ; ROCHA, Leonel Severo ; CITTADINO, Gisele. **O direito e sua linguagem**. Porto Alegre : Sergio Fabris, 1984. p. 77).

²⁵⁴ "A textura aberta do direito significa que há, na verdade, áreas de conduta em que muitas coisas devem ser deixadas para serem desenvolvidas pelos tribunais ou pelos funcionários, os quais determinam o equilíbrio, à luz das circunstâncias, entre interesses conflitantes que variam em peso, de caso para caso" (HART, **The concept...**, op. cit., p. 132).

²⁵⁵ "Em qualquer sistema jurídico, deixa-se em aberto um vasto e importante domínio para o exercício do poder discricionário pelos tribunais e por outros funcionários, ao tornarem precisos padrões inicialmente vagos, ao resolverem as incertezas das leis ou ao desenvolverem e qualificarem as regras comunicadas, apenas de forma imperfeita, pelos precedentes dotados de autoridade" (HART, **The concept...**, op. cit., p. 132).

seja, a liberdade de criar *direito novo* está limitada pelo direito *preexistente*. Estas limitações podem ser tanto formais, em relação a ordenamentos jurídicos que expressamente prevejam a discricionariedade judicial, como podem respeitar os princípios subjacentes ao ordenamento jurídico. No primeiro caso, os magistrados só poderiam exercitar a discricionariedade nas matérias determinadas pelo próprio ordenamento jurídico e dentro dos limites que ele mesmo impõe. No segundo caso, tomando como referência o direito anglo-saxão, o magistrado deve atender os fundamentos do ordenamento jurídico, visando a sua integração coerente.²⁵⁶ Desta forma o juiz, ao se utilizar deste poder discricionário, não atua da mesma maneira como faz o legislador, que goza de completa liberdade na maneira de tratar as situações da vida social (respeitadas, é claro, as noções de hierarquia e subordinação entre as regras, bem como limitações materiais). Ao mesmo tempo, o juiz não inova o ordenamento jurídico ao criar um direito novo, uma vez que as soluções apresentadas valem para o caso *sub-judice* e não para a reforma do ordenamento preexistente. Por isto tudo, Hart diz que o poder discricionário é exercido de forma intersticial, ou seja, nas lacunas do ordenamento.

Porém, ainda que ressalte os limites que atingem o poder discricionário do juiz, este é reafirmado por Hart em várias passagens da sua obra. A questão que resta a ser trabalhada, ainda que de forma breve, é se realmente seria possível conciliar este poder discricionário dos tribunais e o ideal democrático, tendo em vista o grau de certeza requerido das decisões jurídicas.

²⁵⁶ Hart pode ser considerado um positivista moderado (daí o título deste item - O positivismo jurídico *light* de Herbert Hart). A sua visão pode ser chamada de convencionalista, uma vez que a sua teoria da prática das regras jurídicas trabalha com a identificação do direito a partir das suas fontes sociais: decisões judiciais, costumes, legislação. Em Hart o direito é encarado como um "fenômeno cultural modelado pela linguagem". Ao mesmo tempo em que propugna uma maior abertura do ordenamento jurídico, uma vez que reconhece a sua abertura e indeterminação, realçando a necessidade da atividade hermenêutica e introduzindo novos conceitos como "ponto de vista interno e externo", o próprio Hart continua a se auto-denominar um positivista moderado, pois não faz parte da sua teoria o ideal de construir uma justificação para o direito. Em seu entender, a sua teoria deve ser considerada uma teoria geral e descritiva do direito, sem pretensões avaliadoras ou justificadoras. Ainda que em sua obra não se possa encontrar um aprofundamento maior acerca dos princípios jurídicos, Hart reconhece a sua importância no sentido de, também, fornecer limites à atuação discricionária do juiz.

5.2.3 Limites

Em que medida pode a democracia conviver com a incerteza jurídica resultante da atribuição de poder discricionário aos tribunais? Ou, então, qual é a contribuição que uma teoria jurídica que a pressupõe pode dar à consecução do ideal democrático?

Conforme foi acentuado no desenvolver da exposição do pensamento de Hart, este autor se utiliza, em muito, dos pressupostos trazidos pela Filosofia da Linguagem Ordinária, de L. Wittgenstein. Sem dúvida, ao inserir o aspecto pragmático na análise dos enunciados jurídicos e ao ressaltar a importância do intérprete/participante no contexto onde o direito está inserido, este autor supera algumas das limitações tradicionais da análise positivista. Porém, ainda que o paradigma hermenêutico seja referencial na análise hartiana do direito, o mesmo não supera algumas das limitações da teoria jurídica de matriz positivista, posto que centra a análise do sistema jurídico na noção de regra e obrigação jurídica e também por afirmar, repetidas vezes no curso de sua obra, que a análise que pretende realizar é uma análise descritiva do direito, sem nenhum conteúdo avaliador ou que pretenda justificar as normas jurídicas positivadas em um determinado tempo/espço.

A primeira pergunta que pode ser levantada é, então: como conciliar uma abordagem do direito que toma como pressuposto a Filosofia da Linguagem Ordinária e o ponto de vista interno - hermenêutico - com uma análise descritiva do direito?

Para Hart, a partir do exame dos modos pelos quais alguns termos jurídicos são utilizados (direitos, obrigações, normas e outros), seria possível apreender melhor os significados dos mesmos. Seguindo a orientação wittgensteiniana, as palavras possuem significado a partir do seu contexto de utilização e o observador que não conhecesse nada do contexto em que estas são utilizadas não poderia entender o significado das mesmas. O significado da linguagem é um significado que só pode ser obtido a partir de uma determinada realidade social; o indivíduo não detém, isoladamente, os critérios pelos quais a linguagem pode ser apreendida. Da mesma forma que a utilização da linguagem pressupõe um conhecimento, um “adestramento” ou treinamento quanto à

gramática do jogo de linguagem em questão, também o direito pressupõe este conhecer, esta compreensão da gramática do jogo de linguagem que é o direito.²⁵⁷ O direito, nesta ótica, pressupõe a compreensão da sua “gramática” interna, ou seja, o modo pelo qual as regras vinculam comportamentos, impõem obrigações ou permitem ações. É precisamente esta apreensão de sentido que Hart denomina de ponto de vista interno sobre as normas. O ponto de vista interno é a posição do participante no sistema, daquele que efetivamente toma a regra como padrão de conduta. Wittgenstein adota o que poderia ser chamado de um pragmatismo epistemológico, sem a expectativa de uma justificação racional para cada nível do conhecimento ou explicações absolutas acerca das características básicas do processo de conhecer; este seria descritivo, sendo esta também a intenção de Hart quanto ao conhecimento jurídico. Ou seja, este autor adota a demarcação positivista entre o plano normativo e o plano da ciência jurídica; esta não poderia servir à justificação daquele. Porém, como bem destaca Neil MacCormick, a separação entre o ponto de vista interno e externo não possui a extensão que Hart quer lhe dar, gerando a possibilidade de conhecimento sem aceitação. MacCormick reconhece a existência de uma terceira possibilidade naquela oposição interno/externo: a de um observador externo *não-extremado*²⁵⁸. E este seria precisamente o ponto de vista hermenêutico. Para configurar esta posição, seria necessário: a) total apreensão do conteúdo das pautas jurídicas e b) total participação do elemento volitivo (crítico), representando a preferência de conformar-se ou não àquelas regras. Com este ponto de vista hermenêutico - que não corresponde exatamente ao ponto de vista interno de Hart - seria possível um conhecimento sem aceitação.

Hart procura precisar a origem das normas e o fundamento de obediência às mesmas; ao fazê-lo, coloca a origem das normas e a questão da obediência

²⁵⁷ Nas palavras de L. Wittgenstein: “É aquilo a que chamamos ‘seguir uma regra’ algo que apenas *um* homem, *uma* vez na vida, pudesse fazer? - E isto é naturalmente uma nota acerca da gramática da expressão ‘seguir a regra’. Não pode ser que uma regra tenha sido seguida uma única vez por um único homem. Não pode ser que uma comunicação tenha sido feita, que uma ordem tenha sido dada ou compreendida apenas uma vez. Seguir uma regra, fazer uma comunicação, dar uma ordem, jogar uma partida de xadrez, são costumes (usos, instituições). Compreender uma proposição significa compreender uma linguagem. Compreender uma linguagem significa dominar uma técnica”. (WITTGENSTEIN, *Investigações filosóficas*, op. cit., p. 320, proposição 199).

²⁵⁸ MacCORMICK, Neil. Reglas sociales. H.L.A. Hart y el concepto de derecho. **Revista de Ciencias Sociales**, Valparaíso, n. 28, p. 297-319, 1986. O autor faz menção ao observador externo não-extremado nas páginas 310-311.

como diretamente conectadas à realidade já existente na sociedade, ou seja, às práticas sociais existentes. Esta postura não deixa espaço para uma avaliação moral quanto às regras jurídicas ou quanto ao fundamento moral de obediência das mesmas, não oferecendo qualquer critério quanto à legitimidade do direito. Na realidade, a análise auto-intitulada *descritiva* do direito, objetivo de Hart, apresenta a passagem do mundo pré-jurídico (onde existiriam apenas regras primárias de obrigação) para o mundo jurídico (o qual contaria também com normas secundárias) como uma evolução natural e funcional do sistema jurídico, capaz de acomodar a crescente complexidade social, sem se preocupar em analisar propriamente o conteúdo das regras primárias de obrigação e também sem colocar em questão os critérios de validade impostos pela regra (ou regras) de reconhecimento. Também não é questionada a validade da própria regra de reconhecimento, uma vez que a sua existência seria uma questão “de fato” (ao contrário da norma fundamental em Kelsen, cuja validade é pressuposta, a validade da regra de reconhecimento é uma questão fática).

Na realidade, Hart adota uma postura um tanto quanto paradoxal em sua obra. O conhecimento do direito, ou seja, a correta apreensão do seu sentido, só pode ser produzido a partir de um ponto de vista hermenêutico, o ponto de vista do participante. Paralelamente, ao afirmar que pretende fazer uma análise descritiva do direito, Hart coloca ser possível um **saber descomprometido** em relação ao ordenamento jurídico, ou seja, o do observador externo que percebe a regularidade de condutas e a conformidade destas em relação às normas, sem sentir-se vinculado a estas. Mas, por si só, a distinção entre ponto de vista interno e externo não é suficiente para possibilitar tal postura. Ao mesmo tempo, a análise de Hart também se pretende descritiva por não se prender a considerações morais quanto ao conteúdo do ordenamento. Assim, não fica claro, no conjunto da obra deste autor, até que ponto a análise que realiza do direito é somente descritiva deste ou, ao contrário, até que ponto o direito só pode ser realmente compreendido a partir de um ponto de vista hermenêutico. Em suma, estas duas perspectivas parecem mutuamente excluir-se: ou a análise é descritiva, viabilizada pela possibilidade de um saber descomprometido do direito, ou a análise é hermenêutica, fundada na perspectiva do participante ou intérprete.

A insuficiência de uma análise mais aprofundada quanto aos princípios subjacentes ao ordenamento jurídico e à comunidade política como um todo, aliada ao reconhecimento da textura aberta que perpassa a linguagem jurídica - bem como da infinidade de jogos de linguagem e da abertura de sentido que isto possibilita, determinam que Hart pense a aplicação do direito creditando aos tribunais um poder discricionário, visando a eliminar as incertezas e lacunas do ordenamento jurídico.

Pensar a democracia a partir da matriz da democracia radical pressupõe o reconhecimento do outro, da contingência, a plena aceitação de que o conflito é inerradicável da comunidade política. Porém, a indeterminação de sentido, inevitável nas sociedades democráticas, pressupõe um determinado grau de fechamento. Como já foi dito anteriormente, este trabalho parte do pressuposto de que o direito pode se constituir em uma possível forma de fechamento de sentido, sem excluir outras possibilidades. Porém, ainda que se reconheça a indeterminação de sentido e contingência que também atingem o ordenamento jurídico, é necessário que este efetivamente possa funcionar como um estabilizador de expectativas. Para tanto, é necessário que o direito, e sua aplicação pelos tribunais, gozem de um certo grau de certeza e segurança, sem os quais estaria ameaçado o seu papel fundamental nas sociedades contemporâneas. Assim, a questão que resta respeita à compatibilidade entre a atribuição de poder discricionário aos tribunais, na aplicação do direito, e a vivência democrática.

Embora Hart afirme que o poder discricionário sofre limitações e que o mesmo só é exercitado de forma intersticial, ou seja, nas lacunas do ordenamento jurídico, o grau de liberdade concedido aos tribunais no julgamento dos casos concretos pode tornar-se incompatível com o grau de certeza requerido do ordenamento jurídico e da aplicação do direito pelos tribunais nas sociedades democráticas. A insuficiência da análise hartiana no tocante aos princípios subjacentes ao ordenamento jurídico impede uma melhor apreciação dos limites do poder discricionário. Sem esta fundamentação, ausente na obra de Hart, resta a conclusão de que, na presença de lacunas no ordenamento jurídico, ou quando as incertezas existentes no mesmo não possam ser solucionadas por critérios jurídicos, resta o recurso à discricionariedade judicial, resultando na liberdade do juiz em criar uma norma aplicável ao caso concreto *sub judice*. Hart

nega que a criação desta *norma judicial* para ser aplicada ao caso concreto signifique a criação de *direito novo*, também para situações futuras, entendendo que a mesma valeria somente para a situação em análise. Porém, tendo em vista a força dos precedentes no direito anglo-saxão, fica claro que não haveria tal limitação.

Duas críticas podem ser levantadas, de imediato, à discricionariedade judicial: a primeira é que ela seria antidemocrática e a segunda é que ela implicaria na criação de um direito *ex post facto*. Tal postura seria antidemocrática no sentido de que os juízes não recebem delegação popular para a criação do direito; somente os representantes que o povo elege especificamente para tal função poderiam criar o direito. Em segundo lugar, admitir que os tribunais criem direito no momento da solução do caso concreto elimina o grau de certeza e previsibilidade que deve revestir o ordenamento jurídico e as próprias decisões judiciais. Significa a violação do princípio da anterioridade da norma, uma vez que se cria uma nova regra para a aplicação a uma situação pretérita.

Um dos críticos mais veementes da teoria hartiana é Ronald Dworkin. Este critica Hart pela sua concepção positivista da ciência jurídica, e se opõe radicalmente ao poder de criação do direito por parte dos tribunais. A partir da explicitação da teoria de Dworkin, objeto do próximo item, é possível aprofundar a crítica ao poder discricionário dos tribunais, bem como entender como uma postura verdadeiramente hermenêutica realiza a análise do direito e responde ao problema da aplicação do mesmo pelos tribunais. A teoria de Dworkin, ainda que com as insuficiências que serão apontadas ao final, também permite pensar o direito dentro do que ele chama de *comunidade de princípios*, a qual se propõe radicalmente democrática (ainda que em moldes diferentes daquele analisado no Capítulo 4).

5.3 RONALD DWORKIN E O IMPÉRIO DO DIREITO

O objetivo deste item é o de discutir a filosofia jurídica de Ronald Dworkin, a qual supera as limitações do pensamento jurídico positivista (ainda que, como será demonstrado ao final, a mesma possa ser passível de várias críticas). Este autor leva a pensar em um novo tipo de racionalidade jurídica, ao reivindicar um

aporte interdisciplinar para a ciência jurídica e destacar que a mesma deve ser entendida dentro de uma perspectiva hermenêutica.

A filosofia jurídica de Dworkin ressalta o caráter hermenêutico da ciência jurídica e a necessidade de que esta tenha uma atitude interpretativa, para fazer oposição ao caráter descritivo do positivismo jurídico. Ele assume não somente uma postura hermenêutica, mas uma postura hermenêutico-crítica em relação ao direito enquanto sistema. Dworkin tem constantemente levantado que o direito não pode ser separado da política e da moral e que, como resultado, a natureza controvertida da interpretação jurídica não pode ser evitada. Isto tem servido para colocá-lo em oposição àquelas tradições que vêem o direito e as decisões jurídicas em separado das decisões morais e políticas.

Dworkin se utiliza em grande medida de decisões judiciais oriundas dos tribunais anglo-saxônicos para ressaltar o caráter aberto da interpretação jurídica e também o caráter aberto do sistema jurídico. A sua atenção tem se concentrado nos chamados casos difíceis (*hard cases*), onde o sentido da norma não é claro, ou aparentemente existe um conflito entre dispositivos legais ou, ainda, quando parece não existir direito que possa ser aplicado a estes casos. Tomando estes casos difíceis como casos paradigmáticos, este autor realça a má compreensão positivista quanto ao caráter interpretativo e quanto ao caráter político do direito. Nos casos onde a aplicabilidade da norma jurídica não é clara, o positivismo vê a decisão judicial como uma questão de discricionariedade judicial. Para o positivismo, o juiz cria o direito quando este não fala por si mesmo. Mas o direito, tomado em si mesmo, não seria uma questão de moralidade ou política. Para Dworkin, esta posição não consegue apreender o caráter principiológico do direito. O direito, neste autor, é mais do que a soma das regras explícitas de uma comunidade; ele seria um sistema que agrega direitos e obrigações, estabelecendo limites para o uso legítimo da força por parte do poder público. Justamente porque uma das tarefas do direito é conceder autorização para o uso da força, ele necessita ser motivado e justificado pelos princípios morais e políticos existentes na sociedade.

Seguindo o que ele próprio chama de um modelo de interpretação construtivo, Dworkin vê o direito como a melhor justificação para a prática jurídica como um todo. No livro *Law's Empire*, Dworkin afirma: "I argued that a community of principle, which takes integrity to be central to politics, provides a better defense

of political legitimacy than the other models".²⁵⁹ O direito consistiria, basicamente, na narrativa histórica capaz de aperfeiçoar esta prática. O conceito de integridade é um princípio subjacente ao modelo liberal da filosofia jurídica de Dworkin. Ele é a chave para construir a melhor interpretação possível da prática jurídica, e permite também entender como os tribunais decidem os *hard cases*. De acordo com Dworkin, o direito como integridade fornece uma melhor resposta à prática jurídica do que aquelas fornecidas pelo convencionalismo e pelo pragmatismo²⁶⁰.

Este item vai procurar analisar a filosofia jurídica de Dworkin em três pontos principais: a) a tese dos direitos (*the rights thesis*); b) a tese da resposta certa (*the right thesis answer*) e c) o direito como integridade (*law as integrity*). Isto servirá para a compreensão da postura deste autor quanto à aplicação do direito e permitirá compreender como este vê o próprio direito dentro da chamada comunidade de princípios. A partir disto, serão levantados alguns pontos obscuros de sua teoria, bem como o caráter "sonhador"²⁶¹ e limitado da sua análise do direito.

²⁵⁹ "Eu afirmo que uma comunidade de princípios, a qual toma a integridade como central para a política, oferece uma melhor defesa da legitimidade política do que outros modelos". (DWORKIN, Ronald. *Law's empire*. Oxford : Hart Publ., 1998. p. 216).

²⁶⁰ Foge aos objetivos deste trabalho uma análise mais pormenorizada do que vêm a ser o convencionalismo e o pragmatismo. De maneira breve, o convencionalismo pode ser descrito como uma teoria que entende a prática jurídica como uma questão de respeitar e reiterar as convenções jurídicas, e tratar os produtos destas como direito. O pragmatismo é uma concepção cética da prática jurídica. Esta se constituiria em quaisquer decisões judiciais que os juízes produzem, na tentativa de determinar o melhor para o futuro da comunidade, não se requerendo delas nenhuma consistência com o passado. Estas duas correntes se opõem à concepção do direito enquanto integridade. O convencionalismo é uma derivação do positivismo jurídico, o qual parte do pressuposto de que as regras e convenções em uma dada comunidade devem consistir no ponto de partida para a decisão judicial e admite, na ausência destas, a discricionariedade judicial. Ao contrário, o pragmatismo é uma espécie de "utilitarismo jurídico", acreditando que as decisões judiciais devem estar aptas a propiciar a obtenção de determinados fins sociais. Também é no sentido de que o convencionalismo é uma derivação do positivismo que se pode dizer que Dworkin critica a corrente positivista. A respeito destas posturas perante o direito, conferir, DWORKIN, *Law's empire*, *op.cit.*, capítulos III, IV e V.

²⁶¹ Em ensaio datado de 1977, Herbert Hart analisa duas posturas diferentes quanto ao problema da aplicação do direito pelos americanos. A uma ele denomina **O PESADELO (THE NIGHTMARE)** e a outra ele denomina **O SONHO NOBRE (THE NOBLE DREAM)**. Este autor inclui Dworkin na segunda categoria, motivo pelo qual o mesmo às vezes é chamado de *noble dreamer*. Conferir: American Jurisprudence through English Eyes. The Nightmare and the Noble Dream.

5.3.1 A Tese dos Direitos

Dworkin constrói sua argumentação, como já foi dito, a partir da análise casuística do direito anglo-saxão. Analisando as decisões produzidas pelos tribunais nos chamados *hard cases*, tenta demonstrar como - mesmo nos casos onde a aplicação da lei é controversa, ou o próprio direito não é claro - existe um **direito** por detrás da decisão dos juízes. A esta tese ele chama de a **tese dos direitos**. Ou seja, toda vez que uma decisão judicial é produzida, ela afirma o direito de uma das partes em questão, e este direito não é novo, ele já estava presente no ordenamento jurídico - ainda que de forma latente, esperando vir à tona - sob a forma de um princípio. Para além de um direito, os tribunais devem sempre procurar a **melhor resposta** para o caso em questão, ou a **resposta certa**. Este autor parte do princípio de que uma análise acurada do ordenamento jurídico, com suas regras e princípios subjacentes, vai sempre permitir encontrar a melhor resposta possível para os problemas que necessitam solução a partir dos tribunais.

Contrariamente à perspectiva positivista e às teorias utilitaristas, Dworkin afirma que dentro da prática jurídica a proteção dos direitos é muito mais importante que considerações acerca de objetivos políticos ou do que a adesão a regras que não refletem mais a moralidade social. As regras jurídicas e os princípios de direito constroem e protegem direitos dentro de uma ordem normativa. Os juízes, dentro de uma comunidade fundada em princípios, necessitam de uma teoria das decisões que lhes permita distinguir claramente entre argumentos baseados em políticas e argumentos baseados em princípios. Quando os juízes decidem casos, eles devem demonstrar uma espécie de integridade moral, devendo tratar as partes com justiça. Isto significaria buscar os verdadeiros direitos das partes. A argumentação jurídica é um tipo de argumentação onde os princípios podem ser mais importantes do que as regras, ou do que os objetivos políticos, uma vez que eles expressam os ideais constitutivos da comunidade política. Estes princípios são inerentes ao direito e devem ser perseguidos pelo judiciário, através de uma atitude interpretativa.

A tese dos direitos está estruturada na distinção que este autor faz entre argumentos de princípio e argumentos de política:

Arguments of policy justify a political decision by showing that the decision advances or protects some collective goal of the community as a whole. The argument in favor of a subsidy for aircraft manufactures, that the subsidy will protect national defense, is an argument of policy. Arguments of principle justify a political decision by showing that the decision respects or secures some individual or group right. The argument in favor of anti-discrimination statutes, that a minority has a right to equal respect and concern, is an argument of principle.²⁶²

Estes dois argumentos seriam as principais bases da justificação política. A justificativa de um programa legislativo normalmente levará em consideração estes dois tipos de argumentos. Por outro lado, a decisão judicial deve sempre se apoiar em argumentos de princípios. Dworkin argumenta em contrário à originalidade judicial - a possibilidade do juiz criar um novo direito quando da construção da decisão - , com base em duas objeções: a primeira é que, em uma comunidade democrática, o povo deve ser governado por homens e mulheres eleitos e tornados responsáveis pela maioria; em segundo lugar, objetando que, ao criar um direito novo, o mesmo não poderia ser aplicado retroativamente. Estes dois argumentos vão contra o poder discricionário dos tribunais e, segundo Dworkin, gozam de muito mais força quando aplicados à decisões baseadas em argumentos de política do que em decisões baseadas em argumentos de princípio.

O direito deve ser visto para além da noção de direito posto, legislado, ressaltando-se a importância dos princípios. Segundo Chueiri: "Há, assim, dois níveis em que a noção de princípio atua: internamente em oposição à noção de política, consubstanciando o nervo da teoria da *adjudication* de Dworkin e, externamente, em oposição à noção de regra-jurídica....".²⁶³ As regras jurídicas diferem dos princípios em três modos: a) enquanto as regras jurídicas são criadas

²⁶² "Argumentos de política justificam uma decisão política demonstrando que esta decisão promove ou protege algum objetivo da comunidade como um todo. O argumento em favor do subsídio para produtores de aviões, com o argumento de que o subsídio servirá para a segurança nacional, é um argumento de política. Argumentos de princípios justificam uma decisão política demonstrando que esta decisão respeita ou assegura algum direito individual ou de grupo. O argumento em favor de estatutos anti-discriminatórios, de que uma minoria tem o direito a igual respeito e tratamento, é um argumento de princípio" (DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge : Harvard University Press, 1977. p. 82).

²⁶³ CHUEIRI, Vera Karam de. **Filosofia do Direito e modernidade**. Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos. Curitiba : JM Editora, 1995. p. 73.

ou extintas por um ato deliberado do legislador, os princípios emergem lentamente na sociedade, a partir da vivência concreta desta; b) os princípios têm diferentes dimensões/pesos, em diferentes circunstâncias, significando que eles podem ser mais ou menos influentes, dependendo do que se esteja analisando e, ao contrário, as regras jurídicas são ou não aplicáveis; c) as regras jurídicas não entram em conflito (se isto acontece, uma delas está errada e desaparece ou uma delas é excepcional e prevalece), enquanto princípios podem entrar em conflito, caso em que o juiz deve valorá-los e decidir qual é mais conveniente.²⁶⁴

Os argumentos de política, conforme mencionado acima, se prestam à justificação de decisões políticas, enquanto decisões judiciais devem ser sempre justificadas por argumentos de princípios. Os princípios se constituíam muito mais em diretrizes para as decisões judiciais do que em mera aplicação das regras existentes de direito. Seriam justamente estes princípios, que devem ser buscados na história institucional da sociedade, que permitiriam afastar a idéia de discricionariedade judicial. Para Dworkin, existe sempre um **direito** a uma resposta e, portanto, o ordenamento jurídico não apresentaria lacunas que pudessem justificar a discricionariedade judicial. Ainda nos chamados *hard cases*, onde se acredita que tal discricionariedade pudesse ser exercitada, existiriam princípios que, buscados na história institucional da comunidade e, dentro de uma perspectiva abrangente da tradição desta e do direito pré-interpretativo, serviriam de guia à atividade jurisdicional e indicariam o direito a ser aplicado ao caso concreto, sem que novo direito fosse criado. Por detrás das regras jurídicas existirão sempre princípios, os quais servem de base à justificação da decisão. Esta integração entre as regras jurídicas e os princípios constitui o núcleo da **tese dos direitos**.

A história institucional da sociedade, nesta perspectiva, não age como um limite, ou um constrangimento à atividade jurisdicional. Ao contrário, ela atua como um ingrediente desta atividade, porque "(...) institutional history is part of the background that any plausible judgement about the rights of an individual must accommodate."²⁶⁵ Os direitos dos indivíduos são, ao mesmo tempo, frutos da

²⁶⁴ Para uma melhor explicação entre estas diferenças, bem quanto ao papel dos princípios e argumentos de políticas, conferir MORRISON, *Jurisprudence*, *op. cit.*, p. 428-429.

²⁶⁵ "(...) a história institucional da sociedade é parte do *background* que qualquer julgamento plausível sobre direitos dos indivíduos deve acomodar." (DWORKIN, *Taking rights...*, *op. cit.*, p. 87).

história e da moralidade de uma determinada comunidade. Estes direitos dependem das práticas sociais e da justiça das suas instituições. O trabalho do intérprete, mesmo nos casos mais difíceis, é desvelar o conteúdo do direito preexistente ao conflito submetido à apreciação do tribunal. Para tanto, é necessário que se decida com base naqueles *direitos* que já estão no *direito*, mesmo quando não é óbvio quais são estes direitos ou quando decisões baseadas nesta interpretação possam ser controvertidas. Interpretar a lei, a partir dos princípios a ela subjacentes, significa afirmar quais princípios são aplicáveis ao caso em análise. Ao argumentar, neste sentido, contra a discricionariedade judicial, Dworkin não somente critica o positivismo jurídico, que a admite, mas também realiza uma crítica contra o utilitarismo, ao não permitir que considerações quanto ao bem-estar da comunidade em geral influenciem as decisões judiciais.

Neste último particular, vale lembrar que Dworkin coloca os juízes, bem como os demais funcionários do sistema, como estando sujeitos à doutrina da responsabilidade política. Segundo ele: "This doctrine states, in its most general form, that political officials must make only such political decisions as they can justify within a political theory that also justifies the other decisions they propose to make."²⁶⁶ Esta doutrina implica que os juízes não deveriam tomar decisões que pudessem parecer corretas em isolado mas que, no conjunto dos princípios encontrados na sociedade, não pudessem ser justificadas. Desta forma, as decisões dos tribunais devem se adequar a estes princípios, encontrados na história institucional da sociedade. Esta doutrina demanda consistência com as decisões do passado, consistência esta que dificilmente poderia ser encontrada em decisões fundamentadas em argumentos de política. E é no sentido de que se encontram sob o manto da doutrina da responsabilidade política que também as decisões judiciais podem ser consideradas decisões políticas.

²⁶⁶ "Esta doutrina afirma, na sua forma mais geral, que os oficiais políticos devem somente tomar decisões políticas que eles possam justificar dentro de uma teoria política que também justifique outras decisões que eles se proponham a tomar." (*Id. ibid.*, p. 89).

5.3.2 A Tese da Resposta Certa

Dando continuidade à sua argumentação quanto à decisão judicial, Dworkin lança mão da **tese da resposta certa**, onde compara a atividade jurisdicional à atividade literária. Na perspectiva deste autor, existe uma forma específica de narrativa que é construída a partir do ato de julgar e o entendimento de como esta narrativa se constrói, bem como o conhecimento dos seus fundamentos, é essencial para compreender o direito.

Em Dworkin o entendimento do direito é um exercício de interpretação construtiva, implicando a idéia de uma narrativa através da qual o sentido do direito é desenvolvido, elaborado e melhorado no decorrer do tempo. Para ajudar a compreensão acerca da aplicação do direito, este autor compara a interpretação levada a cabo pelos tribunais com um fictício exercício literário: "I propose that we can improve our understanding of law by comparing legal interpretation with interpretation in other fields of knowledge, particularly literature. I also expect that law, when better understood, will provide a better grasp of what interpretation is in general."²⁶⁷ Ele afirma que os intérpretes do direito devem assemelhar-se, no exercício crítico do direito significado pela interpretação e aplicação do mesmo, aos críticos literários. A diferença entre ambos é que o intérprete do direito não possui nenhum material "pronto" ou "acabado", posto que é o próprio ato interpretativo que o constrói. Neste sentido, a doutrina do precedente judicial é comparada à construção de uma *chain novel* (cadeia literária), significando uma situação onde vários autores escrevem um livro - romance - que nunca chega ao seu final, ou nunca é concluído (o direito é entendido como algo sem um final definido, *open ended*, posto que a interpretação do mesmo sempre agrega novos sentidos ao sentido original).

Dando seguimento a este exercício ficcional, Dworkin coloca que o direito se construiria a partir do encadeamento das diversas decisões umas nas outras, os chamados precedentes. Sucessivos autores se encarregariam de escrever,

²⁶⁷ "Eu proponho que nós podemos melhorar o nosso entendimento sobre o direito através da comparação entre a interpretação jurídica e a interpretação em outros campos do conhecimento, especialmente a literatura. Eu também espero que o direito, quando melhor entendido, proporcione uma melhor compreensão da interpretação em geral". (DWORKIN, Ronald. **A matter of principle**. Cambridge: Harvard University Press, 1985. p. 146).

cada um, um capítulo desta história inacabada. O segundo autor, neste elo, teria a obrigação de escrever alguma coisa que se adequasse em sentido àquilo que foi escrito no primeiro capítulo e, ao mesmo tempo, agregar um novo material, com um novo sentido. Da mesma forma, os juízes devem trabalhar no sentido de agregar novos capítulos à história institucional da sociedade, começada há anos e anos atrás. Deve haver continuidade entre o que foi escrito anteriormente e aquilo que se lhe é acrescentado. Assim, também o direito exige esta continuidade que, no seu caso específico, poderia ser chamada de consistência. O que está sendo contado é a história do desenvolvimento da sociedade, a maneira como esta vem se desenvolvendo na modernidade.

Neste autor, o direito é entendido como uma prática social argumentativa. O que esta prática argumentativa permite ou requer depende da verdade ou falsidade de algumas proposições cujo sentido só pode ser obtido internamente a estas mesmas práticas. Nesta ótica, a prática do direito se constituiria em apresentar e argumentar em relação à veracidade de algumas destas proposições. E é precisamente neste ponto que a idéia de narrativa é fundamental para compreender o sentido da interpretação do direito. O intérprete ou participante não tomaria estas proposições como descrições não-valorativas da realidade. Mas ele também não as consideraria apenas como expressões de preferências políticas pessoais. Ao contrário, o intérprete analisa e interpreta tais proposições como parte de uma narrativa, ou seja, como parte da história jurídica que ele está interpretando. Ao mesmo tempo em que a interpretação permite desvendar o sentido da norma, esta interpretação vai agregar à norma um novo sentido, alterando a sua configuração original: "Interpretation folds back into the practice, altering its shape, and the new shape encourages further reinterpretation, so the practice changes dramatically, though each step in the progress is interpretative of what the last achieved."²⁶⁸ Neste sentido, comentando Dworkin, Habermas coloca que o mesmo

(....) looks to an ambitious theory that enables one, especially in hard cases, to justify the individual decision by its coherence with rationally reconstructed history of existing law...Coherence between statements is established by substantial

²⁶⁸ "A interpretação retorna ao interior da prática, alterando sua configuração, e a nova configuração encoraja outra reinterpretação e então a prática muda dramaticamente, como se cada estágio nesta cadeia fosse interpretativo do que foi por último obtido" (DWORKIN, *Law's empire*, *op.cit.*).

arguments..., and hence by reasons that have the pragmatic property of bringing about a rationally motivated agreement among participants in argumentation.²⁶⁹

A aplicação do direito pressupõe uma atitude interpretativa perante este. Esta atitude do intérprete é constitutiva do sentido do direito. Ao mesmo tempo, o intérprete não é completamente livre ao interpretar: ele vai estar sempre limitado pelo objeto e pelo propósito da interpretação.

Os princípios estão sempre na base da atitude interpretativa; eles estão presentes na teoria de Dworkin como sendo um *standard* que dá suporte aos argumentos jurídicos: "A participant interpreting a social practice... proposes value for the practice by describing some scheme of interests or goals or principles the practice can be taken to serve or express or exemplify"²⁷⁰ Entretanto, é possível que diferentes intérpretes escolham diferentes - e às vezes conflitantes - sentidos para os valores envolvidos. Neste caso, o critério para escolher uma interpretação ou outra é saber qual interpretação irá fazer da prática o melhor que ela pode ser. E o melhor a que esta prática pode aspirar é ser um caminho que realmente viabilize a equidade.

A crença dworkiniana de que existe sempre uma resposta certa no direito pressupõe este modelo construtivo de interpretação criativa. Por exemplo, um juiz pode ser confrontado com dois possíveis argumentos baseados em diferentes considerações sobre a prática jurídica em avaliação. Estes argumentos podem repousar em dois tipos diferentes de princípios, tais como liberdade ou equidade; ou eles podem apelar, de um lado, a um princípio e, de outro lado, a um argumento de política. O juiz deve decidir de acordo com aquele princípio que fará da prática a melhor possível.²⁷¹

²⁶⁹"(...) olha para uma ambiciosa teoria que permita, especialmente nos casos difíceis, justificar decisões individuais pela sua coerência com uma racional reconstrução histórica do direito existente...Coerência entre afirmações é estabelecida através de argumentos substantivos..., e a partir daí por razões que têm a pragmática propriedade de trazer à tona um acordo motivado racionalmente entre os participantes na argumentação" (HABERMAS, **Between facts...**, *op. cit.*, p. 76).

²⁷⁰"O participante, interpretando uma prática social...propõe um valor para esta prática, através da descrição de um esquema de interesses, ou objetivos, ou princípios que esta prática adota para servir, expressar ou exemplificar" (DWORKIN, **Law's empire**, *op. cit.*, p. 52).

²⁷¹ Para Dworkin a equidade deve sempre prevalecer, quando necessário estabelecer um valor para uma prática social. Isto se deve à sua crença num tipo de liberalismo onde o princípio da equidade é central, sendo toda sua filosofia do direito direcionada no sentido de justificar este tipo de liberalismo igualitário. A este respeito, conferir também o último livro deste autor: **The sovereign virtue** : the theory and practice of equality. Cambridge : Harvard University Press, 2000.

Desta forma, haverá sempre uma resposta certa no direito, quando duas partes estiverem em desacordo não somente quanto a fatos mas também quanto a valores. Neste caso, o juiz deve dimensionar qual é o valor que deve prevalecer. Este processo de decidir qual valor é “melhor” tem uma dimensão política e moral. Mas o juiz não deve “inventar” ou “criar” nada. Ele deve interpretar os argumentos apresentados no sentido de descobrir, de acordo com suas convicções políticas e morais, e dentro daquilo que os demais juízes fizeram no passado, quais são os padrões que melhor expressam a comunidade, e quais argumentos realizam melhor o princípio da igualdade. Quando o juiz interpreta uma linha de precedentes, estatuto, ou o que seja que ele reconheça como portador de significados jurídicos, ele está, na realidade, procurando por aquilo que possa fazer desta prática o melhor em termos de valores políticos e morais. E este tipo de interpretação é criativa. Porém, é criativa pelo fato de impor um propósito, uma justificativa para o texto legal ou a tradição que está sendo interpretada. O juiz não é livre para criar direito, pois sempre haverá um instrumento do qual ele pode se servir - os princípios políticos constitutivos daquela comunidade - para julgar o caso concreto e o qual afasta a possibilidade da discricionariedade judicial.

No sentido de melhor compreender como se dá esta atitude interpretativa perante o ordenamento jurídico, Dworkin imagina uma comunidade de princípios e concebe o direito enquanto integridade, elementos fundamentais para a compreensão da teoria política subjacente ao pensamento deste autor.

5.3.3 O Direito como Integridade - *Law as Integrity*

We accept integrity as a distinct political ideal, and we accept the adjudicative principle of integrity as sovereign over law, because we want to treat ourselves as an association of principle, as a community governed by a single and coherent vision of justice and fairness and procedural due process in the right relation.²⁷²

²⁷² “Nós aceitamos integridade como um ideal político distintivo, e nós aceitamos o princípio da integridade na adjudicação (aplicação) como sendo soberano sobre a lei, porque nós queremos tratar a nós mesmos como uma comunidade de princípios, como uma comunidade governada por uma única e coerente visão de justiça e equidade e o devido processo legal em uma correta relação” (DWORKIN. *Law's empire*, op. cit., p. 404).

Esta afirmação, retirada de um dos principais livros de Dworkin, *Law's Empire*, permite que se tenha uma visão geral do que a noção de integridade (*integrity*) representa, no conjunto do seu pensamento. Dworkin, através de sua teoria, defende um tipo especial de liberalismo, que subscreve os ideais contidos no princípio da integridade.

A modernidade envolve a compreensão de que o homem pode controlar o mundo e construir as condições que lhe permitam progredir indefinidamente rumo ao bem-estar. A questão que pode ser levantada é quanto ao guia capaz de conduzi-lo neste processo, dissolvidos os "sinalizadores de certeza" típicos do período pré-moderno. A ausência de fundações, marcadamente a idéia de Deus como elemento aglutinador de certezas e esperanças, deixa uma espécie de "vazio", o qual necessita ser preenchido.²⁷³ Não existe um noção geral, abrangente, acerca da justiça, a qual permita que a mesma possa servir como um princípio universal regulador. Ainda assim, Dworkin constrói toda a sua teoria política a partir da afirmação do ideal de justiça, acreditando que toda a discussão - na filosofia - acerca da mesma não deixa de ser um reflexo das tentativas dos homens em se associarem politicamente em comunidades que aspiram a este ideal.

No livro *Law's Empire* existe um deslocamento quanto à preocupação central de Dworkin: não mais a busca de uma resposta certa, mas a preocupação com uma correta metodologia para a compreensão do processo de tomada de decisão no direito.²⁷⁴ A maneira como a tomada de decisão no direito deve se processar surge em Dworkin dentro da sua perspectiva liberal, através da valorização dos já estabelecidos direitos individuais, protegendo os mesmos de quaisquer agressões, inclusive quanto à ameaça que pode ser significada pelo abuso do poder público. A legitimidade política, nesta perspectiva, deve ser garantida através da generalidade e neutralidade de um processo de decisão baseado nestes direitos. Mas a teoria de Dworkin, para além de ser liberal, também é democrática, no sentido de que os direitos a serem protegidos não são

²⁷³ A discussão acerca da necessidade ou não de "fundações" para o conhecimento, e para a própria comunidade, é bastante controversa e não será objeto de discussão neste trabalho.

²⁷⁴ Esta afirmação pode ser melhor compreendida a partir de MORRISON, *Jurisprudence*, *op.cit.*, p. 428 e seguintes.

somente direitos individuais, mas se fundam na idéia de que todos merecem igual respeito e tratamento. Uma prática jurídica fundada em princípios exige consistência e, como se depreende da citação que inicia este item, esta consistência revela a idéia da comunidade falando através da lei como uma única e coerente voz, a qual pode garantir o *status* de igualdade de todos os membros da associação política. O valor desta consistência, chamada de integridade, se estende para além do direito e da aplicação do mesmo. O núcleo do ideal deste autor consiste em uma comunidade democrático-liberal. Esta comunidade, embora adequada aos princípios liberais e respeitando a diversidade e a liberdade individual, deveria vivenciar um consenso forte o suficiente para gerar identificações que permitam a todos se enquadrarem como membros da mesma, ou seja, fazerem parte do seu **povo**.

O direito como integridade é apresentado a partir de dois pressupostos que toda interpretação deve assumir: a) a idéia de adequação - *fit* - e b) a idéia de justificação - *justification*.²⁷⁵ A interpretação exigiria um complicado balanceamento entre ambos estes aspectos, que poderiam ser chamados de formais e substantivos, respectivamente. Formalmente, o juiz deve se indagar como a interpretação por ele produzida se adequa à história institucional da prática jurídica em questão e, em termos substantivos, o juiz deve procurar a interpretação que pode fazer desta prática a melhor possível.

Uma interpretação produz um sentido para um objeto ou prática, que existem independentemente do ato interpretativo; assim, esta interpretação pode ser avaliada a partir da acuidade com que se adequa ao passado e ao conjunto dos princípios que regem tal prática ou, dito em outras palavras, até que ponto esta interpretação serve para dar a conhecer ou dar sentido ao que é alvo do ato de interpretação. O objetivo da busca de tal adequação é sempre modificado e afetado pelo papel da justificação: a interpretação coloca o que está sendo interpretado dentro de um contexto, ou gênero, ou prática da qual o objeto faz parte e seu objetivo é o de fazer destes o melhor que eles podem ser.²⁷⁶ Ao

²⁷⁵ "(....) that the principle both fits and justifies some complex part of legal practice, that it provides an attractive way to see, in the structure of our practice, the consistency of principle integrity requires." "(....) o princípio deve se adequar e justificar alguma parte de uma complexa prática legal, o qual possibilita uma boa maneira para ver, dentro da estrutura da nossa prática, a consistência em princípio que a integridade requer" (DWORKIN, **Law's empire**, *op. cit.*, p. 228).

²⁷⁶ Neste sentido: "Law as integrity asks judges to assume, so far as this is possible, that the law is structured by a coherent set of principles about justice and fairness and procedural due

mesmo tempo, a integridade que se apregoa tem a ver com princípios e não requer consistência quando se trata de políticas ("Integrity is about principle and does not require any simple form of consistency in policy")²⁷⁷. Ou, dito de outro modo, a integridade é fundamental quando se trata de decisão produzida com a utilização de princípios e não é tão fundamental quando a decisão se fundamenta em argumentos de política, isto porque objetivos políticos são geralmente imediatistas, variando conforme as prioridades políticas elencadas em cada período, ao passo que os direitos não têm esta característica de transitoriedade imediata.

A argumentação que Dworkin realiza, neste livro, é no sentido de ressaltar as deficiências das correntes denominadas convencionalismo e pragmatismo. Outrossim, a crítica que este autor realiza, quanto ao convencionalismo, pode ser mensurada pela crítica que ele faz a Hart (que ele identifica como *soft* convencionalista). Já a crítica ao pragmatismo se centra no combate deste autor à chamada perspectiva utilitarista. Para ele, o pragmatismo seria apenas uma forma de utilitarismo legal. Ao criticar tais teorias, procura demonstrar de que maneira a teoria do direito como integridade pode ser vista como a melhor explicação da maneira como os tribunais interpretam e aplicam o direito.

Este autor considera o direito como integridade corolário da democracia, pois implica o Estado e o povo falando através de uma única e coerente voz. A integridade, nesta perspectiva, pode ser vista a partir de duas posições: a) a integridade como limite e b) como princípio²⁷⁸. Na primeira situação, ela significa uma limitação fática - representada pelas leis e pelos já existentes precedentes, a requerer que as novas decisões produzidas sejam consistentes com os mesmos. Como princípio, demanda coerência com a história institucional; isto implica que se busque esta consistência nas lacunas aparentes do ordenamento, para tornar o mesmo ainda mais consistente em princípio. Ou seja, a integridade, como princípio, significa a promessa de incrementar a consistência do sistema.

process...". (O direito como integridade requer que os juízes assumam, até onde isto é possível, que o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios de justiça, equidade e devido processo legal...). E ainda: "An interpretation aims to show what is interpreted in the best light possible..." (A interpretação busca mostrar o que é interpretado na melhor forma possível...). (DWORKIN, *Law's empire*, *op.cit.*, p. 243).

²⁷⁷ *Id. ibid.*, p. 221.

²⁷⁸ A este respeito conferir KEENAN, *The democratic...*, *op. cit.*, Chapter III.

No final da nota que abre este item, é mencionado que a integridade demanda “a single and coherent vision of justice and fairness and procedural due process *in the right relation*”. Mas qual é esta correta relação que deve prevalecer entre princípios? Dworkin não a fornece; ao contrário, admite que não existe nenhuma fórmula através da qual os tribunais possam chegar a esta correta relação. Assim, de que maneira aumentar a consistência ou coerência do sistema? Ou como realizá-la?

O sistema jurídico, por si só, não apresenta nenhum mecanismo que garanta que o direito como integridade, enquanto princípio, possa se realizar. Quaisquer possibilidades de que isto possa acontecer vão ocorrer na forma de respostas meta-jurídicas, ou externas ao sistema jurídico propriamente dito. Isto pode se dar como resposta a pressões políticas, buscando uma certa coerência entre as indicações para os cargos judiciais²⁷⁹ ou através de um forte consenso na comunidade acerca de princípios morais e políticos. De qualquer maneira, estas respostas sempre vêm de fora do sistema. Disto se depreende que não existe qualquer garantia, interna ao sistema, que permita concluir que esta perspectiva do direito como integridade seja viável, ou de que esta maneira de proceder seja a correta compreensão daquilo que efetivamente os tribunais *fazem* ou *deveriam* fazer.

A perspectiva de que a integridade possa ser obtida efetivamente na vida dos tribunais, bem como possa **significar o povo falando através de uma só voz** leva a perspectivas paradoxais no conjunto da obra deste autor. Ele próprio afirma sua teoria como **liberal e democrática**. Porém, a busca incessante pela integridade - tendo a consistência e coerência como corolários desta - leva a uma visão unificadora e restritiva demais no que toca ao reconhecimento da diversidade e pluralismo, característicos do pensamento liberal. Ao invés de fornecer uma resposta aos dilemas trazidos pela complexidade crescente das democracias liberais, a sua proposta acentua estes mesmos dilemas, como se verá.

²⁷⁹ Neste sentido, na busca de tal coerência, podem ser referidas as indicações para a Suprema Corte americana: os juízes são apontados tendo em vista compromissos políticos. Estes mesmos compromissos permitem avaliar as tendências da mesma.

5.3.4 Limites

Ao elaborar a sua teoria acerca da integridade política, Dworkin a concebe com base em dois princípios distintos: a) um princípio legislativo (“(...) which asks lawmakers to try to make the total set of laws morally coherent...”) e b) um princípio interpretativo, ou de aplicação do direito (“(...) which instructs that the law be seen as coherent in that way, so far as possible”).²⁸⁰ A sua preocupação central é, sem dúvida, com a integridade na interpretação - ou aplicação do direito. Entretanto, para que esta possa ser realizada, é necessário que a dimensão político-legislativa deste princípio se realize, e que a elaboração das normas se direcione a realizar os princípios políticos e morais constitutivos da sociedade. Em ambos os planos, a integridade demanda não somente respeito às leis enquanto tais, mas também respeito aos princípios de igualdade e justiça que subjazem à estas leis e que as mesmas pressupõem, no sentido de serem legítimas.

No plano da aplicação do direito, o direito enquanto integridade não deixa de ser um desenvolvimento dos princípios advogados por Dworkin em obras anteriores ao *Law's Empire* (basicamente a tese dos direitos e a tese da resposta certa, obtida a partir da idéia da *chain novel*, como referido acima). Na realidade, mesmo tendo havido um deslocamento temático - antes a busca da resposta certa e agora a preocupação em como se processa a tomada de decisões no campo do direito - nesta obra, o pano de fundo continua o mesmo. Este inclui: 1) a busca por consistência e coerência na maneira dos tribunais aplicarem o direito; 2) a crítica ao positivismo jurídico (na vertente convencionalista), no tocante ao fato dos tribunais não criarem direito e 3) a crítica ao chamado utilitarismo legal (na vertente do pragmatismo), a partir do pressuposto que os juízes **julgam e devem julgar** com base em argumentos de princípios e não de políticas. Implícita nesta idéia, está a crença de que o direito e seus aplicadores podem sempre não somente fornecer uma resposta para os conflitos apresentados aos tribunais, mas que haverá sempre uma resposta interna ao sistema, e que é função dos

²⁸⁰ (“(...) o qual demanda daqueles que fazem as leis que façam do conjunto das mesmas um conjunto moral coerente...”) e depois (“(...) o qual instrui que a lei seja vista como sendo coerente, neste sentido”) (DWORKIN, *Law's empire*, op.cit., p. 177).

tribunais procurarem sempre a **melhor resposta**. Antes que a crítica a este ideal seja apresentada, é necessário explicitar alguns pressupostos do que poderia ser chamado do âmbito político contido neste ideal.

A seguinte afirmação de Dworkin, que se encontra no último parágrafo do livro *Law's Empire*, ilustra bem este ideal:

What is law? ...Law is not exhausted by any catalogue of rules or principles, each with its own dominion over some discrete theater of behavior....

Law's Empire is defined by attitude, not territory or power or process. We studied that attitude mainly in appellate courts, where it is dressed for inspection, but it must be pervasive in our ordinary lives if it is to serve us well even in court. It is an interpretive, self-reflective attitude addressed to politics in the broadest sense. It is a protestant attitude that makes each citizen responsible for imagining what his society's public commitments to principle are, and what these commitments require in new circumstances. ..

Law's attitude is constructive: it aims, in the interpretive spirit, to lay principle over practice to show the best route to a better future, keeping the right faith with the past. It is, finally, a fraternal attitude, an expression of how we are united in community though divided in project, interest and conviction. That is, anyway, what law is for us: for the people we want to be and the community we want to have.²⁸¹

O direito, nesta perspectiva, é claramente mediado por uma teoria moral e Dworkin vê as decisões passadas dos tribunais como contendo uma teoria moral relevante para a comunidade e que deve se perpetuar, ajustando-se aos novos tempos. Esta aspiração moral de Dworkin se dirige ao compromisso de se obter uma **comunidade de princípios**, sendo a integridade a moralidade interna do direito, do que poderia ser chamado do seu critério de validade. O direito enquanto integridade une objetivos comunais e interesses individuais. Nesta perspectiva, este seria também o melhor caminho para a obtenção desta comunidade de princípios e a forma possível de se obter um balanceamento

²⁸¹ "O que é o direito? ...O direito não se exaure em um catálogo de regras ou princípios, cada um com seu domínio sobre certa arena comportamental. ...O império do direito é definido por atitude, não território, ou poder ou processo. Nós estudamos esta atitude particularmente nos tribunais de apelação, onde ela está vestida para inspeção, mas ela deve invadir nosso dia-a-dia e nos servir nisto tanto quanto nos tribunais. Ela é uma atitude interpretativa, auto-reflexiva e endereçada para a política em sentido amplo. É uma atitude protestante que faz cada cidadão responsável por imaginar quais são seus compromissos com os princípios de sua sociedade, e o que estes compromissos requerem em novas circunstâncias...A atitude do direito é construtiva: ela objetiva, dentro de um espírito interpretativo, deitar princípios sobre a prática para mostrar o melhor caminho para um futuro melhor, mantendo a devida fé no passado. Finalmente, ela é uma atitude fraterna, uma expressão de como nós somos unidos em comunidade, ainda que divididos em projeto, interesse e convicção. Isto é, de qualquer maneira, o que o direito é para nós: o povo que nós queremos ser e a comunidade que nós objetivamos ter" (*Id. ibid.*, p. 413).

entre os dois lados desta equação: comunidade/identificação X indivíduo/independência.

Como já foi referido antes, este autor é partidário de um tipo específico de liberalismo, que poderia ser chamado de democrático e igualitário, dada a ênfase que por ele é posta sobre o princípio da equidade. A democracia requer uma forma de identificação coletiva; requer que os indivíduos se reconheçam enquanto sujeitos da comunidade política e que se identifiquem com os princípios políticos constitutivos desta sociedade. Em paralelo, o liberalismo parte do pressuposto da diferença, do pluralismo e Dworkin, adotando o paradigma hermenêutico, reconhece a indeterminação de sentido e a complexidade das modernas sociedades e do direito que nelas se apresenta. Isto implica reconhecer que existe uma tensão, inerradicável, entre a demanda por identidade/identificação, requerida pela ótica democrática, a qual neste autor pressupõe a formação de uma comunidade de princípios, e a demanda por autonomia/independência, características de uma concepção liberal de política, que coloca o indivíduo e os direitos individuais no centro de sua existência. Dworkin revela um tipo especial de concepção **republicana**, algo que poderia ser chamado, ainda que talvez de forma imprecisa, de **comunitarismo liberal**, dada a ênfase que os aspectos comunitários e individuais apresentam no cerne da sua teoria política.

Dworkin pressupõe a integridade como prática desejada de uma política liberal-democrática, em uma comunidade apta a combinar desacordo acerca de princípios políticos com o consenso necessário para a obtenção da legitimidade política. A integridade proporciona uma compreensão da comunidade política como associação de princípios (*association of principle*), sendo a política uma atitude de princípios, com um caráter fraternal e que expressa divergências quanto a fins, mas coloca a comunidade como ponto de partida ("how we are united in community though divided in project, interest and conviction"). Porém, o sentido da equidade como prática política não é capaz de fornecer um ideário neutro acerca de como equacionar objetivos distintos, visões de mundo distintas, sem que se comprometa o consenso necessário para a existência da comunidade.

A teoria de Dworkin, neste sentido, não é capaz de explicitar como este consenso pode ser obtido em meio à diversidade que o pluralismo pressupõe.

Isto não deixa de ser um paradoxo nas modernas democracias: deve haver um mínimo de consenso, apto a criar laços de solidariedade e identificação, ao mesmo tempo em que se reconhece a diversidade, o pluralismo e a impossibilidade de um sentido final, único, no tocante às formas de convivência. Os elementos de consenso e desacordo que Dworkin acredita serem balanceados dentro de uma prática política baseada na integridade devem, na realidade, sempre permanecer em tensão. Não existe maneira neutra de se obter um equilíbrio entre eles e todo equilíbrio que pode vir a ser obtido será sempre provisório, sujeito a novas formas de articulação e negociações. Na realidade, assim como fundamenta a sua teoria da aplicação do direito a partir da crença na existência de uma sempre possível resposta certa para os conflitos submetidos aos tribunais, ele também acredita que a democracia possa ter uma melhor resposta, ou uma resposta capaz de fazer frente aos dilemas que as modernas democracias apresentam e esta resposta seria a **política enquanto integridade**. A integridade seria o princípio político aglutinador de outros princípios que fundam a sociedade e forneceria, ao mesmo tempo, os sinais indicadores do caminho a ser seguido no futuro - rumo à sua comunidade de princípios, fraternal, apoiada nos princípios da equidade, justiça e devido processo legal - a partir de uma correta apreciação e fé nos valores do passado.

Porém, não existe uma forma neutra de se determinar, a princípio, qual situação ou que tipo de acordo melhor representaria um ponto de equilíbrio entre os já mencionados opostos: comunidade e indivíduo; identificação e independência; fraternidade e diversidade; consenso e desacordo. O direito, na ótica de Dworkin, realizado através da utilização da integridade na aplicação, poderia servir como o norte desta comunidade de princípios, a bússola a guiá-la na realização e experimentação de seus princípios morais e políticos. Aqui, volta-se a perceber um dilema insuperável: na aplicação do direito, na perspectiva da integridade, se faz necessária uma interpretação do direito que parte do pressuposto de que o seu sentido só se constitui a partir do próprio ato de interpretação. Neste ato de interpretação estão presentes as convicções morais e políticas dos juizes e as mesmas lhes servem de parâmetros para a busca da coerência que as decisões presentes e futuras devem manter com as decisões passadas - precedentes. A integridade, enquanto princípio político, necessita do fechamento de sentido (a busca do equilíbrio mencionado acima, bem como da

melhor relação entre os princípios que constituem a comunidade) que a integridade, vista na ótica de uma teoria da adjudicação, pode lhe fornecer. Porém, na ótica da teoria da adjudicação, a integridade só se viabiliza a partir de elementos externos, respostas externas ao sistema jurídico. Todas as disputas de interpretação acerca de leis e princípios políticos repousa, em certo ponto, em afirmações gerais acerca do que a comunidade significa e requer. Esta interação é natural e, para usar uma expressão de Habermas, o *mundo da vida* se fecha a partir de significados jurídicos predeterminados, ao mesmo tempo em que estes se alimentam dos significados encontrados naquele. Porém, esta avaliação não se coaduna com a leitura que Dworkin faz da sua comunidade de princípios ou do direito enquanto integridade.

Todas as afirmações acerca de diferentes interpretações são contestáveis, não possuindo validade absoluta ou universal. A resposta certa é uma interpretação possível entre sentidos diversos, que se constituem a partir do próprio ato interpretativo. Não existe uma fórmula neutra capaz de levar a esta resposta certa, bem como o próprio ato de interpretação não é mecânico, apoiado em cânones. Assim, sempre que houver divergências interpretativas (entre juízes, legisladores, cidadãos...) acerca dos princípios da comunidade, a interpretação vitoriosa pode parecer aos outros desprovida de valor ou obtida de forma a não respeitar os princípios que lhe cabia desvendar. Toda interpretação vai acabar por estabelecer certezas, ainda que provisórias, criar distinções, semelhanças, leituras. Para que estas sejam produzidas, vão ocorrer princípios que não são neutros em si mesmos. Criticar estas interpretações como não-neutras, políticas, ou recusá-las sob a argumentação de que não acomodam os princípios da comunidade é esquecer o fato de que alguém só pode criticar uma determinada concepção de mundo, ou de bem, ou um programa político, ou um princípio político, a partir da afirmação de certos valores: não existe um independente ou neutro conjunto de princípios para julgar tais interpretações. Neste sentido, a resposta certa, base da teoria da adjudicação de Dworkin, será sempre uma resposta possível entre várias. Desta forma, esta tese da resposta certa acaba por comprometer a própria visão deste autor acerca da interpretação construtiva, e do direito visto como narrativa da história institucional da sociedade, com a abertura de sentido característica desta.

Ao mesmo tempo, a visão de Dworkin de que é possível uma sociedade onde o direito expresse o povo através de uma só voz acaba por ser totalitária e antidemocrática em si mesma. Embora o faça através da afirmação do ideal de fraternidade, não existem elementos, nas modernas democracias, capazes de levar à conclusão de que os obstáculos à formação deste consenso possam ser superados sem atos de força ou sem exclusão. Este é um dos dilemas da democracia: uma parte da comunidade, falando em nome de todos, pode tentar realizar uma determinada concepção de bem, ou conjunto de princípios, concepção ou conjunto este que é apenas uma possibilidade entre outras mas que, em um determinado momento, pode ser suficientemente poderoso para gerar acordos e identificações coletivas. E esta concepção pode sair-se vencedora, implicando na exclusão daqueles que se lhe opõem. Na vivência democrática, na maneira como se combinam direitos e obrigações e se articulam as diversas posições de sujeito dentro da comunidade, sempre vão existir perdedores e vencedores. Uns poderão ser excluídos em um determinado momento e incluídos em outros, e não existe interpretação definitiva sobre a melhor adequação entre as variáveis envolvidas neste processo.

Por fim, uma última crítica deve ser feita à posição de Dworkin: em sua obra existe uma supervalorização do jurídico, em detrimento do político²⁸². Os tribunais são chamados a funcionarem como “árbitros” na solução de questões que poderiam muito melhor ser trabalhadas na esfera política do que na esfera judicial. Dworkin toma o judiciário como uma instituição independente, capaz de fornecer a melhor interpretação acerca da moralidade da comunidade. Nesta ótica, muitas questões envolvendo emprego, educação, censura, liberdade de associação e etc. seriam melhor resolvidas pelos tribunais, através de uma interpretação da constituição que os mesmos devem realizar e tomando sempre como referência o princípio da igualdade. Esta postura esvazia a arena política e

²⁸² A este respeito conferir MOUFFE, Chantal. **The political and the juridical**. Paper entregue em seminário no Centre for the Study of Democracy, University of Westminster, Londres, spring 1999.

torna jurídicas questões que não necessariamente deveriam passar pelos tribunais, em sociedades onde o dissenso característico da democracia fosse vivenciado em sua plenitude²⁸³.

Este trabalho vem se desenvolvendo no sentido de explicitar a maneira pela qual a democracia moderna (que é a democracia-liberal) se constitui historicamente, bem como situar o debate entre as principais teorias que, no âmbito da filosofia política, problematizam a democracia nas últimas décadas. Dentro deste objetivo, procurou-se demonstrar como a teoria da democracia radical, nos moldes em que foi trabalhada no Capítulo IV, pode se constituir em uma resposta à crise da democracia liberal. Partindo-se do pressuposto de que existe sempre uma abertura infinita de sentido, e reconhecendo o caráter relacional e contingente das identidades políticas, é necessário um determinado tipo de fechamento, ainda que parcial e provisório, que viabilize a convivência social. Ainda em se partindo do pressuposto de que o direito pode fornecer tal fechamento, este capítulo procurou explicitar as matrizes teóricas dominantes no século XX acerca da problemática da aplicação do direito, objetivando demonstrar as insuficiências das teorias demonstradas. Se o direito pode se constituir, efetivamente, em um dos instrumentos para a viabilização das sociedades democráticas, é necessário que se visualize uma teoria da aplicação do direito capaz de dar conta do caráter indeterminado, aberto e contingente que atinge a vida nas sociedades democráticas e que, partindo do reconhecimento de que o conflito é inevitável, busque soluções provisórias, capazes de gerar estabilidade. Desta forma, o próximo - e último - capítulo deste trabalho, pretende trazer à discussão algumas perspectivas teóricas novas quanto à problemática da aplicação do direito, sempre objetivando pensar as relações entre direito

²⁸³ Não se nega, com isto, a enorme importância que o direito e os tribunais representam para a democracia. Também vale lembrar que, no sistema do *common-law*, base da análise deste autor, os tribunais detêm um papel muito mais ativo e bem menos formal do que aquele desempenhado pelo Poder Judiciário no Brasil.

e democracia e tomando aquele como um instrumento para a realização desta. De acordo com os pressupostos que vêm conduzindo este trabalho, a análise a ser realizada não deseja ser conclusiva, visando mais ao levantamento de questões do que à busca de respostas.

6 REPENSANDO A APLICAÇÃO DO DIREITO NUMA SOCIEDADE RADICALMENTE DEMOCRÁTICA

*"Have you ever asked yourselves sufficiently how much the erection of every ideal on earth has cost? ... If a temple is to be erected a temple must be destroyed: that is the law..."*²⁸⁴

Abertura. Contingência. Indeterminação. Caos. Nas palavras de Jacques Derrida: "(....) it is because there is chaos that there is a need for stability."²⁸⁵ Ao longo deste trabalho tem-se feito referência, ao mesmo tempo em que se procurou demonstrar, que as chamadas sociedades contemporâneas são intrinsecamente complexas e que esta complexidade implica, para a sua compreensão, na aceitação do pluralismo e da indeterminação de sentido que constitui o sujeito e as identidades coletivas, ao mesmo tempo formadas de modo contingente e não-natural. Desde a revolução democrática se tem reconhecido que o poder, na modernidade, tornou-se um lugar vazio, indeterminado, não sujeito a um processo de ocupação mística, organicamente identificado com o soberano ou com quem quer que o substitua em diferentes formas de organização política²⁸⁶.

²⁸⁴ "Alguma vez vocês se indagaram suficientemente quanto a edificação de um ideal na terra custou?...Se um templo está para ser edificado um templo tem que ser destruído: esta é a lei...". (Nietzsche, Friedrich. **Genealogia da moral**).

²⁸⁵ DERRIDA, Jacques. Remarks on deconstruction and pragmatism. In: MOUFFE, Chantal (Ed.). **Deconstruction and pragmatism**. London : Routledge, 1996. p. 84, "(....) é porque existe o caos que existe a necessidade de estabilidade".

²⁸⁶ A discussão a ser realizada neste capítulo vai relacionar o direito - mais especificamente a interpretação e aplicação do direito - e a democracia radical à desconstrução. Para tanto, o texto pretende reconstruir o que foi analisado nos capítulos anteriores (motivo pelo qual os mesmos serão várias vezes referidos), ao mesmo tempo em que tenta demonstrar como a prática da desconstrução, no direito, pode se constituir em alternativa a uma teoria da interpretação/aplicação do direito adequada a uma sociedade radicalmente democrática. Vale ressaltar que a discussão relacionando direito e desconstrução (notadamente a partir da obra de Jacques Derrida) vem sendo realizada na Europa e nos Estados Unidos desde o início da década de 90, e é hoje objeto de um grande debate intelectual em escolas americanas de Direito, entre as quais se destacam a Cardozo Law School, em Nova Iorque, a Universidade da Califórnia, Princeton University e outras. A motivação inicial para pensar o direito na perspectiva da desconstrução nasceu da leitura da revista **Deconstruction and the Possibility of Justice** (**Cardozo Law Review**, v. 11, n. 5-6, p.

A democracia se caracteriza por esta fluidez, esta indeterminação de sentido ou inexistência de um sentido único, dada a coexistência, nas sociedades contemporâneas, de valores diversos, de diferentes concepções de bem. Também já se afirmou que a democracia contém em si uma lógica de inclusão e exclusão, as quais são mutuamente dependentes, inafastáveis. A necessidade do estabelecimento de fronteiras, bem como de padrões de pertença ao grupo, implica na delimitação do que Carl Schmitt chamava de oposição amigo/inimigo, onde o inimigo, o **outro**, passa a ser visto como alguém a ser legitimamente eliminado. Se as democracias contemporâneas são razoavelmente capazes de conviver com a diferença (para isto as mesmas recorrem a diferentes artifícios, sendo um dos mais importantes a criação da figura impessoal do sujeito de direito, concebido abstrata e formalmente como “livre e igual perante a lei”), ainda assim as mesmas não reconhecem o outro em toda a sua significação, bem como tratam a diferença e a diversidade como desvalores, situações a serem toleradas, já que as mesmas não podem ser superadas, dentro do espírito liberal de respeito e tolerância. O outro, nesta lógica, já não é o inimigo a ser eliminado, mas também nunca é completamente reconhecido, aceito como elemento externo e também definidor da identidade do sujeito. Nesta ótica, ainda dentro das democracias liberais existe uma lógica de violência implícita, a qual não pode ser jamais eliminada.

Esta violência, inerradicável em seu sentido simbólico, marca o momento do político, gerando a necessidade de regras, convenções e atos de poder que são em si mesmos atos de estabilização. As instituições sociais, o consenso gerado em cada momento da vida política representam formas de se criar estabilidade, às vezes de grande duração, outras vezes de pequena duração e “(...) this means that they are stabilizations of something essentially unstable and chaotic.”²⁸⁷ A estabilidade não é natural, ela é artificial; artifício do homem como recurso a uma ordem dominada pelo dissenso e pela diferença, as quais implicam sempre em violência e exclusão. Se este caos é o inimigo da sociedade

814 july/aug. 1990), a qual é a compilação das conferências proferidas no colóquio “Deconstruction and the Possibility of Justice” (outubro/1989, Cardozo Law Scholl, NY). Esta perspectiva vem sendo bastante trabalhada por autores como Drucilla Cornell, Michel Rosenfeld, Samuel Weber, Thomas Keenan, Arthur Jacobson, entre outros (no decorrer deste capítulo serão feitas referências a obras destes autores que servem de referência a esta discussão).

²⁸⁷ “(...) isto significa que elas são estabilizações de algo que é essencialmente instável e caótico”. (DERRIDA, **Remarks on...**, *op. cit.* p. 82).

política, contra o qual os homens lutam de várias formas - e aqui o direito ocupa um papel central, como forma privilegiada de estabilização e fechamento de sentido - ao mesmo tempo ele significa a afirmação da ação política pois, sem ele, esta seria carente de sentido. Se a ordem natural fosse a estabilidade, não haveria necessidade de momentos e instrumentos de estabilização. Mas é porque os homens são também dominados por paixões, as quais os impedem de comportar-se apenas dentro de padrões racionais e razoáveis de conduta - paixões estas que também atingem a esfera pública, não estando restritas às fronteiras do espaço privado - que surgem conflitos inerradicáveis na esfera política e que a violência não pode ser contida e reduzida dentro dos limites de um consenso formal e abstrato quanto a regras e procedimentos, obtidos através da argumentação e deliberação na esfera pública.²⁸⁸

A democracia pressupõe a abertura, o reconhecimento da contingência, a aceitação de que os sentidos são plurais, irreduzíveis a uma única possibilidade significativa. Na visão da democracia radical, o reconhecimento do pluralismo é total. Todas as identidades são relacionais, co-dependentes, afirmadas pelo reconhecimento do outro, que se lhes opõe e lhes constitui o sentido, ao mesmo tempo. Porém, mesmo com o reconhecimento da não-rigidez, da fragmentação do social, é necessário o estabelecimento de uma certa ordem. Ou seja, é necessária a estabilização que foi acima referida. Esta estabilização pode ser maior ou menor, mais curta ou mais longa, dependendo dos tipos de lutas em questão e dos tipos de atos de poder requeridos para a obtenção de um acordo, ainda que parcial e provisório. O caráter contingente e relativo de toda identidade e de todo sentido torna impossível o estabelecimento de uma fundação única ou

²⁸⁸ Esta é, por exemplo, a visão expressada pelo chamado paradigma procedimental do direito, defendido por Habermas. Para ele: "In the proceduralist paradigm of law, the vacant places of the economic man or welfare-client are occupied by a public of citizens who participate in political communication in order to articulate their wants and needs, to give voice to their violated interests, and, above all, to clarify and settle the contested standards and criteria according to which equals are treated equally and unequals unequally". HABERMAS, Jürgen. *Paradigms of law*. In: ROSENFELD, M. ; ARATO, Andrew (Orgs.). **Habermas on law and democracy** : critical exchange. Berkeley : California University Press, 1998. p. 18. "No paradigma procedimental do direito, os lugares vazios do homem econômico e do cliente do bem-estar são ocupados por cidadãos públicos, os quais participam em uma comunicação política a fim de articular seus desejos e necessidades, para dar vazão aos seus interesses violados e, acima de tudo, para clarificar e acomodar *standards* controversos e critérios segundo os quais os iguais são tratados igualmente e os desiguais desigualmente." Habermas parte do pressuposto de que na esfera pública, onde os homens se encontram como cidadãos, seres livres, iguais e racionais, é possível obter um acordo quanto às regras e procedimentos que devem governar a vida social, excluindo as paixões como mola inafastável que são, de fato, das ações humanas.

de um único centro para funcionar como base de coesão social. Por outro lado, esta co-dependência implica na impossibilidade de os indivíduos (e as diferentes lutas nas quais estes estão envolvidos, significadas pelas diferentes posições de sujeito que cada um ocupa na comunidade política) reclamarem uma autonomização completa. Cada indivíduo, cada luta por objetivos políticos distintos só adquire sentido em virtude de algo que se opõe a eles e lhes significa, a partir de fora. É neste reconhecimento do outro, da obtenção do sentido através do seu elemento externo constitutivo, conforme já foi mencionado, que a democracia ganha vida e forma.

A maneira como a chamada democracia radical identifica a vivência democrática é através do que esta corrente chama de formação de uma cadeia de equivalências.²⁸⁹ Nesta lógica, todas as lutas travadas no interior do espaço social são igualmente importantes e é esta relação de equivalências que define a política democrática. Quanto maior for a extensão desta cadeia de equivalências, mais radical é a intensidade da vivência democrática. Porém, se a lógica democrática implica no estabelecimento desta cadeia de equivalências, de um senso comum, da afirmação de valores que possam ser compartilhados, a lógica do liberalismo implica em uma força no sentido oposto, no sentido da autonomia e da individualização. Como também já foi dito, nunca pode haver completa unificação das identidades e lutas sociais, como também a fragmentação completa é impossível. Sempre haverá uma tensão entre estas duas forças, impossível de ser superada e é precisamente esta tensão que marca e define uma política radicalmente democrática e plural. Tal política implica na reconciliação entre a igualdade e a diferença e entre público e o privado. Resulta também na criação de mecanismos que permitam a obtenção de um consenso, de um fechamento de sentido que torne possível a coexistência democrática dos diferentes sujeitos envolvidos e das lutas que estes travam simultaneamente. Porém, como anteriormente referido, todo fechamento de sentido será sempre provisório, sujeito a novas construções significativas e novas formas de articulação. Se a democracia radical e plural é significada por atos de exclusão que lhe são constitutivos, toda tentativa de fixação de sentido será sempre parcial.

²⁸⁹ A este respeito, conferir o Capítulo 4 deste trabalho.

Neste reconhecimento da tensão insuperável que constitui a lógica democrática reside uma das principais tarefas de uma política democrática: buscar o equilíbrio de forças antagônicas entre si, propiciando a convivência que se articula entre a necessidade de abertura e fechamento, simultaneamente. A política, e também a política democrática, envolve decisões, fechamentos, formas distintas de estabilização, ainda que temporárias. No reconhecimento dos infinitos jogos de linguagem possíveis dentro de uma comunidade e no reconhecimento de que é necessário ouvir a “voz do outro”, reside um dos valores fundamentais da democracia. Porém, a mesma também gera a exclusão daqueles elementos que intrinsecamente se opõem à sua realização. Isto vai implicar na demarcação das fronteiras que definem o espaço democrático e a gramática do jogo político em questão. E é precisamente neste universo que o direito pode servir como um importante instrumento na consecução de políticas democráticas, no sentido de poder servir como instrumento de estabilização, de fechamento de sentido entre possibilidades distintas de valores e lutas.

Porém, se o direito pode servir a uma política democrática, é necessário repensar o tipo de interpretação e aplicação que se deve dar às regras jurídicas. Como diz Nietzsche, na citação que abre este capítulo, se um templo está para ser erguido, outro deve ser destruído. Assim, é necessário “desconstruir” o modo vigente de interpretação e aplicação do direito, para que uma nova forma de se pensar esta problemática possa ser edificada. As regras jurídicas, dotadas de impessoalidade e generalidade, servem de parâmetros não só às condutas dos indivíduos, como também à resolução de conflitos e ao próprio estabelecimento de políticas públicas. Estas regras e a aplicação das mesmas pelos tribunais, nesta perspectiva, podem se constituir em um horizonte de sentido para a vivência democrática. A questão que aqui se coloca é quanto a uma teoria da interpretação e aplicação²⁹⁰ do direito que permita uma melhor articulação entre

²⁹⁰ É necessário frisar em que sentido se utilizam, aqui, os termos “interpretação” e “aplicação” do direito. Por interpretação, em sentido amplo, se entende a busca por uma definição de sentido do conteúdo das regras jurídicas. Já a aplicação é tomada em sentido mais restrito, enquanto a busca de sentido do conteúdo das regras jurídicas realizadas pelos órgãos encarregados da aplicação do direito, ou encarregados do julgamento. Neste ótica, também é necessário referir que a aplicação envolverá sempre, ainda que em um sentido mínimo, o que se chama de um conhecimento com aceitação, uma vez que esta implica na aceitação das regras do sistema. Diferentemente, a interpretação realizada fora do âmbito dos tribunais pode ser realizada de forma “descomprometida”, a partir do que se entende por conhecimento sem aceitação. Assim, a *applicatio* envolve o sentido da ação, conhecimento e ação, uma vez que a interpretação realizada pelos tribunais se reveste de um conteúdo normativo. Acerca da relação entre

o direito e o político, buscando a redefinição das fronteiras que os significam na atualidade. Esta nova definição de seus espaços constitutivos deverá explicitar os vínculos de sentido que os constituem reciprocamente sem, porém, implicar na tentativa de juridicizar a política ou politizar o direito.²⁹¹

A busca por uma melhor compreensão da interpretação e aplicação do direito importa na explicitação dos limites e insuficiências das matrizes teóricas que analisam tal problemática. Conforme demonstrado no último capítulo, o positivismo jurídico e a mais recente crítica que lhe tem sido feita, principalmente a partir da obra de Ronald Dworkin, não são suficientes para fornecer uma resposta mais adequada ao crescente grau de complexidade, diversificação e conflitos das mais variadas ordens, característicos das sociedades contemporâneas. Porém, ainda que a maneira como este último autor explicita sua teoria da adjudicação seja insuficiente para dar conta desta complexidade, a mesma contém alguns elementos que podem servir de apoio ao repensar da aplicação do direito, exercitada dentro de padrões democráticos, conforme se verá.

Toda regra jurídica necessita de interpretação e, na realidade, o sentido da regra se constrói no próprio ato interpretativo. Cada leitura de uma determinada situação fática e da regra jurídica que lhe serve de instrumento regulador representa uma possibilidade em meio a diferentes possibilidades significativas. Ou seja, faz-se uma leitura em detrimento de outras. Se as decisões políticas não

interpretação e aplicação no direito conferir KOZICKI, **O positivismo jurídico...** *op. cit.*, p. 135-138. Para um melhor esclarecimento entre conhecimento e ação, no contexto que se está referindo, conferir LAMEGO, **Hermenêutica e...**, *op. cit.*, p. 162 e segs. Também é necessário frisar que grande parte da análise realizada é feita a partir do chamado sistema do *common-law* e que, neste sistema, a chamada aplicação do direito pelos tribunais é compreendida dentro do que se chama de *theory of adjudication*. A tradução para o português do termo *adjudication* pode se referir aos termos "aplicação" ou "julgamento". Para manter uma fidelidade maior com as matrizes teóricas estudadas, o termo "aplicação" vai ser usado preferencialmente. Neste mesmo sentido, também se prefere o termo "aplicação", pois "julgamento" - na forma pela qual este é compreendido em alguns autores cujo pensamento será referência para este capítulo (basicamente, em Drucilla Cornell e Michel Rosenfeld) envolve um compromisso ético, uma tomada de decisão que adentra o terreno daquilo que não pode ser decidido. Em conjunto com a explicação acima, a expressão "teoria da aplicação" do direito quer se referir a um estudo da maneira como este é interpretado pelos seus órgãos aplicadores.

²⁹¹ Como referido ao final do 5º capítulo, a teoria que vem sendo desenvolvida por Ronald Dworkin representa uma clara tentativa de juridicizar o espaço da política, transferindo demandas que poderiam ser melhor equacionadas na arena política para os tribunais. Em sentido contrário, a chamada *Critical Legal Studies* representa uma tentativa no sentido oposto, de politizar as decisões dos tribunais. Ainda que sem o mesmo nível de sofisticação teórica, a chamada corrente do "uso alternativo do direito" (que também se autodenomina "direito alternativo") pode ser tomada como um exemplo desta segunda perspectiva no Brasil.

são neutras, no sentido de fazerem opções entre valores antagônicos, o mesmo se pode dizer das decisões jurídicas. Não é possível que o encarregado da aplicação do direito possa escolher entre sentidos variados a partir de um ponto de vista neutro, apolítico ou não comprometido com suas convicções pessoais. O direito é sempre fruto de uma decisão, um ato de poder que está na sua origem e perdura no sentido de impor a sua validade através do tempo. Porém, se no atual estágio de desenvolvimento da ciência jurídica não é mais possível o apego ingênuo ao mito da neutralidade judicial ou do sentido pleno das normas jurídicas, não menos ingênua - e perigosa para a democracia - é a perspectiva de que "tudo é político" e de que as decisões dos tribunais são apenas frutos das posições pessoais dos juízes. Desmistificar a chamada neutralidade judicial não implica em reduzir o direito à política. Ao contrário, pode-se dizer que estas posições representam mitos diferentes e uma teoria da aplicação realmente democrática deve desvelar este caráter mítico presente em ambas.

Conforme se demonstrou anteriormente, não existe uma resposta certa para a democracia, assim como não existe uma resposta certa para o direito, no tocante à melhor forma de interpretação e aplicação do mesmo. A melhor forma de equacionar as relações entre o jurídico e o político é algo que, em última análise, sempre permanecerá em aberto. Ou seja, não é possível estabelecer-se, com precisão, as fronteiras entre estes dois campos de saber - no plano teórico - ou entre estes instrumentos de poder/estabilização - no campo fático. Estes são planos interdependentes e interrelacionados, cujos sentidos só se constituem contra e a partir um do outro. A partir desta compreensão, se objetiva discutir de que maneira o direito pode ser melhor pensado como instrumento para a efetivação de uma prática política democrática nas sociedades contemporâneas. Tal objetivo se realizará através da análise de novas possibilidades para a interpretação e aplicação do direito.

Ao longo deste trabalho, reiteradas vezes foi dito que é impossível a obtenção de um conteúdo ou significado último, definitivo, para a vivência em sociedade. Também várias vezes foi frisado que os acordos obtidos na esfera política são sempre provisórios, parciais. Nesta mesma linha de raciocínio, a análise da aplicação do direito se reveste da mesma dificuldade que caracteriza as sociedades democráticas: é necessário um tipo de interpretação jurídica que, reconhecendo a abertura e contingência dos conteúdos jurídicos, não se revista

de um caráter totalizador ou definitivo, estando sempre aberta a novas possibilidades significativas. Porém, ao mesmo tempo, a interpretação e aplicação do direito pelos tribunais deve, necessariamente, representar padrões relativamente rígidos de conduta e ser o instrumental necessário, porém nem sempre suficiente, para a solução dos conflitos sociais. Nisto reside a dificuldade contida nesta problemática e explicitado na primeira frase deste parágrafo: ainda que não exista uma única resposta certa para a democracia e o direito, é necessário que se busquem respostas tanto no plano político quanto no plano jurídico e que estas respostas representem, ainda que provisoriamente, atos de estabilização. Ou seja, tanto a prática política democrática quanto a aplicação do direito dentro das sociedades democráticas, vão estar sempre significadas pela paradoxal busca, em simultâneo, de abertura e fechamento. O direito pode e deve servir como instrumento de fechamento, mas a sua realidade interna não permite que este fechamento seja inquestionável ou permanente.

Mantendo-se fiel à linha de argumentação que vem sendo utilizada, quanto à impossibilidade de respostas finais e últimas na problemática levantada, não se pretende aqui a elaboração de uma nova teoria da aplicação, que possa servir como indicador de sentido para a prática dos tribunais, nem a nível teórico, nem a nível da realidade judiciária de um ou outro país. Tomando-se como demonstrada a hipótese central deste trabalho - de que não existe uma resposta certa para o direito e a democracia neste final de século - o que resta é a explicitação de caminhos que permitam melhor articular a prática jurídico/política nas sociedades contemporâneas.

Em última análise, o que se pretende é demonstrar que somente através de um compromisso ético com a justiça e o reconhecimento de uma infinita responsabilidade para com o outro²⁹² será possível administrar a contingência e a

²⁹² "Finally, the concepts of self and other should not be understood as referring to fixed entities, but instead as designating relationships respectively of identity and difference or alterity". (ROSENFELD, Michel. Deconstruction and legal interpretation : conflict, indeterminacy and the temptations of the new Legal formalism. **Deconstruction and the possibility of justice**, *Cardozo Law Review*, v. 11, n. 5-6, p. 1228, jul./aug. 1990). "Finalmente, os conceitos de "eu" (reflexivo) e "outro" não devem ser entendidos como referindo-se a entidades fixas mas, ao contrário, como designando relações, respectivamente, de identidade, diferença ou alteridade." Este mesmo autor, na continuidade, refere que, dependendo do contexto, "eu" e "outro" podem se referir a um indivíduo ou a um grupo, a uma classe econômica ou a uma minoria étnica, tribos ou nações, grupos temporários ou permanentes. Desta forma, o "outro" representa uma posição de exterioridade quando da constituição da identidade, ao mesmo tempo que se opõe a esta, ele também lhe possibilita a formação do sentido. Conforme já foi referido no 4º capítulo, a identidade

diferenciação típicas deste final de século, sem que o reconhecimento das mesmas implique em negligência ética ou indiferença moral. Através de um verdadeiro compromisso com o outro, e de uma verdadeira busca pela justiça, é possível criar sentido num universo sem sentidos.

A partir destes pressupostos, em primeiro lugar vai ser explicitada a noção de justiça existente na obra de Jacques Derrida. Esta noção de justiça como *aporia* permite compreender o carácter aberto, até certo ponto intangível, e abstrato da justiça enquanto conteúdo das decisões judiciais. Tal constatação não significa - e não obsta - que a justiça deixe de ser tomada sempre como valor de referência na construção destas decisões. Partindo da noção de Emmanuel Levinas²⁹³ quanto à existência de uma infinita responsabilidade para com o outro e o seu reconhecimento pleno, o pensamento de Derrida pode ser usado para desconstruir alguns mitos presentes no universo jurídico, ao mesmo tempo em que possibilita ressaltar a necessidade do ordenamento jurídico como instrumento de estabilização.

A partir da perspectiva da justiça como *aporia* e, neste sentido, da justiça como algo irrealizável no presente, pretende-se demonstrar de que maneira o direito pode abraçar uma prática de desconstrução que, revelando seus mitos, lhe permita uma nova configuração. Para tanto, é preciso desconstruir estes mitos presentes na aplicação do direito, bem como apresentar leituras que possam re-significar tal prática interpretativa. A posição que se defenderá implica na chamada tese da responsabilidade judicial, a qual está diretamente ligada ao que se poderia chamar de lógica de equivalência dos direitos.

Relacionar direito e desconstrução, visando com isto ao aprofundamento da democracia, obriga ao reconhecimento do outro e demanda uma compreensão da aplicação que não prescinde da integridade. Neste sentido, a

é fruto da intersecção das diversas posições de sujeito que cada indivíduo ocupa na sociedade. Assim, ela jamais será única, definitiva, estando sempre sujeita a novas articulações. Dois sujeitos (individuais ou coletivos) podem ser membros de um mesmo grupo para um determinado propósito (parte do mesmo *self*) enquanto se diferenciam em outro propósito (*the other*). Rosenfeld fornece o seguinte exemplo: homens e mulheres brancos fazem parte do mesmo grupo, dentro do contexto racial que implica em oposição aos negros (*the other*), enquanto homens e mulheres se situam em contextos opostos, quando a diferença é definida em termos de gênero.

²⁹³ Levinas e Derrida têm várias divergências quanto ao significado da justiça e quanto ao carácter autoritativo da força que reveste o direito. Entretanto, este último claramente se apropria de algumas categorias daquele para a explicitação da sua perspectiva da justiça como *aporia*. Nos limites deste trabalho, as referências a Levinas serão sempre realizadas de forma indireta, a partir da leitura de Derrida.

tese da responsabilidade judicial se une à tese do direito como integridade, ainda que em moldes menos abrangentes do que aqueles propostos por Dworkin. Em paralelo, também se retoma a noção dworkiana de fraternidade e comunidade de princípios. A fraternidade é vista como elemento de ligação entre indivíduos que se reconhecem como cidadãos livres e iguais no plano político e a comunidade de princípios entendida como sociedade radicalmente democrática, ao mesmo tempo consciente das diferenças e significada por valores e princípios políticos que lhe dão origem e lhe representam. Nestes moldes, a interpretação e aplicação do direito podem ser pensadas como busca incessante da justiça e, como a mesma jamais se realiza no presente, estas sempre existem em aberto, comprometidas com a diferença, com o novo, mas sem se furtarem às respostas - no presente - que a sociedade demanda do direito e dos responsáveis pela sua aplicação.

6.1 DIREITO, JUSTIÇA E DESCONSTRUÇÃO

A primeira questão que pode ser aqui levantada é quanto à existência, ou não, de uma efetiva preocupação da chamada teoria desconstrutivista²⁹⁴ com a justiça. Nas palavras do próprio Derrida, *La déconstruction est la justice* (a desconstrução é justiça). Por que desconstrução é justiça?

Na introdução deste capítulo foi salientado que é devido à existência do caos que a estabilidade é necessária; é precisamente porque o mundo se apresenta aos homens “em desordem” que estes necessitam de instrumentos para “ordená-lo”²⁹⁵. Neste sentido, foi afirmado que o direito pode ser compreendido como um instrumento para a obtenção de estabilidade, ainda que parcial e provisória. O direito, como uma construção do homem, pode ser sempre desconstruído. Desconstruir o direito pode ser considerado uma prática destinada

²⁹⁴Daqui para a frente, o termo “deconstruction” e a perspectiva teórica que lhe representa será traduzido apenas por desconstrução.

²⁹⁵Neste sentido: “Chaos and instability are irreducible, but as Derrida indicates, this is at once a risk and a chance, since continual stability would mean the end of politics and ethics”. (MOUFFE, Chantal (Ed.). **Deconstruction, pragmatism and the politics of democracy**. In: _____. **Deconstruction and...**, *op. cit.*, p. 9). “O caos e a instabilidade são não elimináveis mas,

à demonstrar que qualquer lei, qualquer ordenamento jurídico, pode ser “desestabilizado”. O sentido de todo o texto, e o direito se revela através dos textos, resta sempre em aberto; qualquer fechamento **final** ou **definitivo** de sentido é autoritário. A desconstrução exige que toda a leitura de um texto possa ser submetida a uma nova leitura, em um movimento que une presente e passado, futuro e presente. Uma leitura/interpretação de um texto é um reescrever do texto passado, a sua tradução para o presente, ao mesmo tempo que o texto presente é ele mesmo um não-texto, na medida em que existe apenas enquanto possibilidade para a construção futura de um novo texto, a qual se dará pela sua leitura. Desta forma, uma prática desconstrutiva do direito pode significar um avanço no sentido do enriquecimento de seus conteúdos, pois permanecendo o sentido em aberto, novas interpretações podem ser obtidas, expondo o aparato jurídico e judiciário a novas formulações. Em suma, a desestabilização do direito é realizada em nome da possibilidade de uma transformação deste e, em uma última análise, em nome da **justiça**.²⁹⁶

Retornando à pergunta do primeiro parágrafo (por que a desconstrução é justiça?), Derrida coloca que é na paradoxal situação de ser a justiça indeseconstruível que reside a possibilidade da desconstrução, propriamente dita: “Mais le paradoxe que je voudrais soumettre à la discussion est le suivant: c’est cette structure déconstructible du droit ou si vous préférez, de la justice comme droit que assure aussi la possibilité de la déconstruction. La justice en elle-même, si quelque chose de tel existe, hors ou au-delà du droit, n’est pas déconstructible”.²⁹⁷ Com isto se quer afirmar que a própria possibilidade da

como Derrida indica, isto é ao mesmo tempo um risco e uma sorte, desde que a estabilidade continua iria representar o fim da política e da ética.

²⁹⁶ Nas palavras do próprio Derrida: “La structure que je décris ainsi est une structure dans laquelle le droit est essentiellement déconstructible, soit parce qu’il est fondé, construit sur des couches textuelles interprétables et transformables (et c’est l’histoire du droit, la possible et nécessaire transformation, parfois l’amélioration du droit), soit parce que son ultime fondement par définition n’est pas fondé. Que le droit soit déconstructible n’est pas un malheur. On peut même y trouver la chance politique de tout progrès historique” (DERRIDA, **Force de...**, op. cit., p. 942). “A estrutura que eu estou descrevendo aqui é uma estrutura na qual o direito é essencialmente desconstruível, seja porque ele é fundado, construído em interpretações ou transformável (e esta é a história do direito, sua possível e necessária transformação, talvez a melhoria do direito), ou porque sua fundação última é por definição sem fundação. O fato de que o direito é desconstruível não é uma má-notícia. Nós podemos mesmo ver nisto uma sorte para a política, para o progresso histórico.”

²⁹⁷ “O paradoxo que eu gostaria de submeter a vocês para discussão é o seguinte: é a estrutura desconstruível do direito ou, se vocês preferirem, da justiça como direito, que assegura a possibilidade da desconstrução. A justiça em si mesma, se é que isto existe, fora ou além do direito, não pode ser desconstruída” (*Id. ibid.*, p. 944).

desconstrução está afirmada pela justiça mas que esta, compreendida fora do direito, não pode ser desconstruída. É porque o direito pode ser construído que ele pode ser desconstruído, mas a justiça, separada deste, não pode sê-lo. A justiça, se considerada como algo imanente ao direito, instala um modo circular de justificação, em que algo se apresenta como justo porque conteúdo de um ordenamento jurídico que em si mesmo é justo. Nesta situação, descrição vira prescrição. Ou seja, o direito é considerado como algo inerentemente justo e, assim, a sua descrição implica, ao mesmo tempo, a prescrição de que o seu conteúdo seja significado da justiça. Na perspectiva da desconstrução, a recusa em transformar descrição em prescrição justifica a insistência na separação entre direito e justiça, e esta transcende aos limites do ordenamento jurídico tal como ele é construído.

Desta forma, o que se sobressai é a separação que este autor realiza entre direito e justiça. A partir da interpretação de um texto de Montaigne, Derrida afirma: "La justice du droit, la justice comme droit n'est pas la justice. Les lois ne sont pas justes en tant que lois. On ne leur obéit pas parce qu'elles sont justes mais parce qu'elles ont de l'autorité."²⁹⁸ Justiça e direito são conceitos distintos e, na própria tentativa de confundi-los ou assemelhá-los, já é possível deparar-se com um dos mitos envolvidos na configuração do fenômeno jurídico. Também neste pensamento de Montaigne se revela a presença de uma íntima relação entre autoridade e lei.

Partindo do termo em língua alemã *Gewalt*, Derrida²⁹⁹ relaciona direito e força, força e autoridade. A tradução em inglês ou francês desta expressão é violência. Porém, segundo este autor, o termo violência não contém a mesma carga significativa que o termo alemão possui e, nesta língua, *Gewalt* daria a idéia de poder legítimo, autoridade justa, ao mesmo tempo em que também compreende a idéia de violência. A questão é como diferenciar a força legítima, aquela que estabelece a autoridade, da força que é significada como violência ou abuso. De acordo com Derrida³⁰⁰, na base de todo o direito reside um ato de força, que não é em si mesmo nem justo e nem injusto, nem legítimo e nem ilegítimo, e tal ato não pode ser avaliado de acordo com nenhum critério anterior

²⁹⁸ "A justiça do direito, a justiça como direito não é justiça. Leis não são justas por serem leis. Nós não as obedecemos porque são justas mas porque elas têm autoridade" (*Id. ibid.*, p. 938).

²⁹⁹ *Id. ibid.*, p. 927.

que o possa justificar ou não. Neste sentido também, ainda que com outras fundamentações, recorrentemente a ciência jurídica tem colocado as regras jurídicas como elementos de um sistema auto-regulado e auto-referente, cuja validade ou autoridade só pode ser buscada em fontes internas ao sistema ou, então, remetida a recursos hipotéticos, como é o caso da norma hipotética fundamental em Kelsen³⁰¹. Conforme se colocou acima, a desconstrução enfraquece uma determinada concepção de direito, a qual pretende ver no modo deste funcionar os fundamentos da sua autoridade. O ato que funda o direito, desta forma, seria sempre um ato sem fundação, um ato instituinte o qual carece, ele próprio, de fundação. E o direito, assim, pode ser sempre desconstruído, seja no tocante ao seu ato fundador, seja no tocante à autoridade que o originou ou ainda na interpretação que prevalece. Mas este ato, cuja origem não pode ser chamada de justa ou injusta, não implica necessariamente na criação de uma ordem jurídica justa.

Na base de todo ordenamento jurídico está contido um ato de violência que o institui. Desta forma, o direito sempre está relacionado à força, seja em um sentido físico ou em um sentido simbólico, seja para a instauração do ordenamento ou para a sua perpetuação. Novamente retornando à problemática da língua, Derrida frisa que na base de todo o direito está a noção de *enforceability of the law or contract* ou *to enforce de law*. Considerando este verbo fundamental para entender a relação entre direito e força, este autor remete à tradução francesa do termo *enforceability* - *l'applicabilité*, que considera insuficiente para exprimir o mesmo sentido que o termo em inglês, pois quando se diz **aplicar** o direito ou o contrato, perde-se a idéia da força interna ao direito,

³⁰⁰ Conferir nota número 293.

³⁰¹ Com isto se quer dizer que, notadamente na perspectiva do positivismo jurídico, a fonte de validade do direito se encontra dentro do próprio ordenamento jurídico, numa estrutura hierárquica, que remete a validade da norma à norma superior. Para evitar o regresso *ad infinitum*, Kelsen se serve da norma hipotética fundamental, da qual derivaria a validade de todas as normas do sistema. Já esta norma está acima de qualquer consideração de validade ou legitimidade, sendo ela própria insuscetível de avaliação. Neste sentido é que a norma fundamental em Kelsen, ou a regra de reconhecimento, em Hart, podem ser tomadas como exemplos de um "ato" fundador (ainda que em Kelsen esta seja um juízo hipotético e em Hart a representação de uma prática social), o qual, segundo Derrida, não é ele próprio justo ou injusto, legítimo ou ilegítimo.

a qual lembra que o direito é sempre uma força autorizada.³⁰² Nas palavras do autor:

L'applicabilité, 'l'enforceability' n'est pas une possibilité extérieure ou secondaire qui viendrait s'ajouter ou non, supplémentaiement, au droit. Elle est la force essentiellement impliquée dans le concept même de la *justice comme droit*, de la justice en tant qu'elle devient droit Le mot "enforceability" nous rappelle qu'il n'y a pas de droit qui n'implique *en lui-même, a priori, dans la structure analytique de son concept*, la possibilité d'être 'enforced'.³⁰³

A justiça, se entendida como direito, se reveste desta **força autoritativa**. **Ou pode se confundir com esta mesma força**. Ao identificar a força intrínseca relacionada ao direito, mais uma vez este autor frisa a necessidade destes dois conceitos - direito e justiça - serem separados. A partir deste reconhecimento da força intrínseca ao direito, da possibilidade de o mesmo ser desconstruído - uma vez que em algum momento, e por um ou mais modos este é construído - e da separação entre direito e justiça, este autor explicita através de que formas a justiça pode ser entendida como *aporia* e, neste sentido, ser a mesma indeseconstruível.

6.1.1 A Justiça como *Aporia*

Nas palavras de DERRIDA:

Une *aporia*, c'est un non-chemin. La justice serait de ce point de vue l'expérience de ce dont nous ne pouvons faire l'expérience.....je crois qu'il n'y a pas de justice sans cette expérience, tout impossible qu'elle est, de l'aporie. La justice est une expérience de l'impossible. Une volonté, un désir, une exigence de justice dont la structure ne serait pas une expérience de l'aporie n'aurait aucune chance d'être ce qu'elle est, à savoir juste appel de la justice.³⁰⁴

³⁰² Conferir DERRIDA, *Force de...*, *op. cit.*, p. 924-926. O mesmo se poderia dizer da tradução do termo para a língua portuguesa. Na falta de um sentido mais exato, este pode ser traduzido por aplicar a lei, mas perde o sentido de força, de algo a ser **exigido**, tornado efetivo.

³⁰³ "Aplicação, "enforceability", não é uma possibilidade exterior ou secundária que pode ser ou não agregada ao direito. Ela é a força que está essencialmente implicada no próprio conceito de justiça como direito, de justiça como transformando-se em direito...A palavra "enforceability" nos lembra que não existe uma coisa tal qual o direito que não implique em si própria, *a priori*, dentro da estrutura analítica do seu conceito, a possibilidade de ser aplicado (pela força)". (*Id. ibid.*, p. 924).

³⁰⁴ "Uma *aporia* é um não-caminho. Deste ponto de vista a justiça seria a experiência que nós não somos capazes de experimentar...eu acredito que não existe justiça sem esta experiência, mesmo tão impossível quanto ela seja, de uma *aporia*. A justiça é a experiência do impossível.

E novamente ele separa direito e justiça:

Le droit n'est pas la justice. Le droit est l'élément du calcul, et il est juste qu'il y ait du droit, mais la justice est incalculable, elle exige qu'on calcule avec de l'incalculable; et les expériences aporétiques sont des expériences aussi improbables que nécessaires de la justice, c'est-à-dire de moments où la décision entre le juste et l'injuste n'est jamais assurée par une règle³⁰⁵

A justiça se caracterizaria por ser infinita, incalculável, avessa à simetria, enquanto o direito existe no âmbito da legalidade, estável e estatutária, enquanto um sistema regulador e normativo. Uma das mais difíceis tarefa para a reconciliação do direito com a justiça é equacionar a generalidade daquele com a necessária singularidade desta. Esta é a questão que está por detrás de toda a aplicação do direito pelos tribunais:

Comment concilier l'acte de justice qui doit toujours concerner une singularité, des individus, des groupes, des resistances irremplaçables, l'autre ou moi *comme* l'autre, dans une situation unique, avec la règle, la norme, la valeur ou l'impératif de justice qui ont nécessairement une forme générale, même si cette généralité prescrit une application chaque fois singulière?³⁰⁶

Ou seja, interpretar e aplicar o direito obriga sempre a um balanceamento entre o geral e o singular, entre o texto passado da norma e a exigência presente da justiça. Atender ao chamado da justiça exige a recriação da norma contida no texto legal, não somente no sentido de que toda leitura/interpretação implica na construção de um sentido novo, mas também no sentido de que a interpretação jurídica deve atender à singularidade de cada caso, através dos padrões gerais contidos na norma. Como fazer isto sem violar a generalidade da regra, sem abandonar mesmo esta regra ou, ainda, sem tornar seu conteúdo, inscrito no

Uma vontade, um desejo, uma exigência de justiça cuja estrutura não seja uma *aporia* não terá chance de ser o que ela é, nomeadamente, um chamado por justiça" (*Id. ibid.*, p. 946).

³⁰⁵ "O direito não é a justiça. O direito é um elemento de cálculo, e é justo que exista o direito, mas a justiça é incalculável, ela nos requer que nós calculemos o incalculável; e as experiências aporéticas são experiências, tão improváveis quanto necessárias, da justiça, isto quer dizer, de momentos em que a decisão entre o justo e o injusto não é jamais assegurada por uma regra" (*Id. ibid.*, p. 946).

³⁰⁶ "Como nós podemos reconciliar o ato da justiça que sempre é concernente à singularidade, a indivíduos, insubstituíveis grupos e vidas, com o outro ou eu mesmo *como* outro, em uma situação única, com a regra, a norma, o valor ou imperativo de justiça o qual necessariamente tem uma forma genérica, ainda que esta generalidade prescreva uma aplicação singular em cada caso?" (*Id. ibid.*, p. 948).

texto passado, tão fluido que ele já não sirva mais como um instrumento de mediação e estabilização, funções caracterizadoras do direito?

Na resposta a esta questão é possível perceber a importância da desconstrução para o direito - e sua interpretação - e para a democracia, especialmente para a democracia radical. Pois a resposta a esta questão revela: a) a adequação entre o passado, o presente e o futuro - no sentido de que a construção do sentido da norma se dá na sua interpretação e a aplicação da mesma implica numa busca incessante pela justiça; b) esta busca incessante pela justiça, através de um compromisso ético dos tribunais para com a mesma pode levar à transformação do direito e à sua melhor adequação a uma sociedade democrática; c) o direito, servindo como elemento de estabilização das relações e efetivamente comprometido com a realização da justiça, pode levar à consolidação dos princípios políticos constitutivos da sociedade política (liberdade e igualdade, basicamente) fortalecendo os laços de solidariedade social e, por fim, d) um tipo de interpretação do direito que reconheça a sua indeterminação de sentido e que reconheça a contingência e fragmentação do social estaria melhor preparada para fazer frente ao crescente grau de complexidade e ao incremento do número de conflitos, típicos das sociedades contemporâneas.

O caminho teórico para buscar a resposta a esta questão implica em um compromisso ético com a obtenção da justiça e na visualização desta como *aporia*, ou seja, algo impossível de ser experimentado, mas cuja experiência é imprescindível. Em primeiro lugar, o que se coloca é uma responsabilidade sem limites perante a memória, no sentido de se recuperarem as direções e os limites contidos nas concepções de direito e justiça historicamente construídos em cada sociedade. A desconstrução pode significar um clamor infinito pela justiça e por um incremento incalculável de responsabilidade. É no intervalo entre o direito e a justiça que a desconstrução encontra seu lugar privilegiado; desconstruindo-o, desestabilizando o tradicional do direito, a justiça pode encontrar caminhos para a sua expressão.

Partindo da obra de Emmanuel Levinas, Derrida considera ser a ética a primeira filosofia, em termos de ética como uma relação entre pessoas. A ética,

tal como Levinas³⁰⁷ a concebe, coloca em questão **minha** liberdade e espontaneidade, **minha** subjetividade, e o **outro**. Para Levinas³⁰⁸, a justiça define e é definida por uma relação ética com o outro, em resposta ao sofrimento do outro, para com o qual o sujeito tem uma infinita responsabilidade. Mas esta concepção ética de justiça também se coaduna com uma noção política de justiça, no sentido de que toda relação ética é sempre situada em um determinado contexto sócio-político, o qual implica em diferentes concepções éticas, levando à necessidade da escolha entre estas, ou de uma decisão. Na realidade, a concepção ética da justiça em Derrida, configurada na leitura que este faz de Levinas, é também uma concepção política, no sentido de que envolve a idéia de transformação política, a abertura para o futuro que pode trazer mudanças. A idéia de justiça como a experiência daquilo que não pode ser decidido (*undecidable*³⁰⁹) é o que leva o sujeito à política (e pode-se dizer que ao direito, também), dada a necessidade da decisão. Do indecidível para a decisão, este é o momento do julgamento, a passagem de uma experiência ética da justiça para a ação política. De que forma isto pode ser feito, ou quais são os conteúdos desta ação política? Esta resposta, em Derrida, jamais se encontra no presente, ou em alguma forma específica de ação política (assim também, como vai ser referido adiante, nunca uma decisão judicial específica pode ser considerada *justa*); a justiça deve servir de guia, de elemento crítico, mas ela jamais poderá ser tornada presente. Assim:

A deconstructive approach to politics, based upon the radical separation of justice and law, and the non-instantiability of the former within the latter, leads to what one might call the dis-embodiment of justice, where no state, community or

³⁰⁷ A este respeito conferir a posição de Simon CRITCHLEY no livro **The ethics of deconstruction**: Derrida and Levinas. Oxford: Blackwell, 1992.

³⁰⁸ LEVINAS, Emmanuel. **Totalité et infini**. Paris: Livre de Poche, 1990.

³⁰⁹ "Undecidability is the name for the unresolvable dilemmas which occur under wholly determinate circumstances. But undecidability refers not only to the fundamental aporias within discourse but also to the call for a constitutive decision that articulates social meaning in one way or another." (TORFING, **New theories...**, *op. cit.*, p. 307). "Indecidível é o nome de dilemas insolúveis, os quais ocorrem sobre circunstâncias completamente determinadas. Mas indecidível refere não somente às *aporias* fundamentais dentro de um discurso mas também à exigência de uma decisão constitutiva, que articule sentidos sociais em um sentido ou em outro." De certa forma, pode-se dizer que *undecidability* refere-se a uma **escolha de Sofia**: a decisão é necessária, exigida por circunstâncias determinadas mas, em verdade, aquilo que se coloca para ser decidido não poderia sê-lo, dada a impossibilidade de obtenção de qualquer critério que possa orientar a decisão e que seja completamente válido nas circunstâncias. Este conceito envolve uma abertura determinada, no sentido de não remeter à possibilidades infinitas e nem a um fluxo caótico; representa uma oscilação determinada entre possibilidades pragmaticamente determinadas.

territory could be said to embody justice. One might say that the 'experience' of justice is that of an absolute alterity or transcendence that guides politics without being fully presente in the public realm.³¹⁰

A forma política que melhor poderia conduzir a esta experiência da justiça seria a democracia. Não uma democracia realizada aqui e agora, mas a democracia entendida como possibilidade, como abertura para o futuro. Outrossim, justiça e democracia se entrelaçam como representações que escapam ao aqui e agora, escapam ao presente, representando algo que está sempre por acontecer.³¹¹

Em Derrida, a justiça se exemplifica através de três *aporias*, as quais serão agora referidas.

Em primeiro lugar, tem-se a idéia de **épokhè e regra**. Esta idéia está diretamente relacionada à necessidade da desconstrução do tempo presente. O passado, na concepção de tempo de Derrida (esta concepção não se relaciona a uma ordem cronológica, a qual pode ser traçada através do retorno linear a uma sucessão de momentos) é a própria constituição da temporalidade, uma vez que marca a origem daquilo que se apresenta, ainda que esta origem nunca possa ser captada integralmente. E o presente, nesta análise, é algo que aponta sempre para algo além de si, algo que está ainda por ser realizado. O presente seria um momento em suspenso, algo que efetivamente não pode ser concretizado, enquanto relação de continuidade entre o que é o que **está para ser**. E é neste sentido que a primeira configuração de justiça como *aporia* se realiza: a justiça enquanto algo que **nunca é no presente**, mas resiste sempre enquanto **possibilidade de ser, no futuro**.

Analisando a decisão de um juiz, por exemplo, este autor coloca que, para que ela possa ser considerada justa, deve não somente seguir uma regra, mas também assumir esta regra e o valor nela implícito, recriando a regra através de uma interpretação construtiva, como se a mesma estivesse sendo realmente

³¹⁰ "Um aporte desconstrutivista da política, baseado na radical separação entre justiça e direito, e a não presença da primeira dentro do último, nos leva ao que se pode chamar de descorporificação da justiça, onde nenhum Estado, comunidade ou território pode ser tido como expressão da justiça. Alguém pode dizer que a 'experiência' da justiça é de uma absoluta alteridade ou transcendência, a qual guia a política sem estar completamente no reino público." (CRITCHLEY, Simon. Derrida : private ironist or public liberal? In: MOUFFE, Chantal (Ed.). **Deconstruction and pragmatism**, *op. cit.*, p. 36).

³¹¹ Esta afirmação vai ser melhor detalhada como quando for abordado o problema da interpretação no direito e a tese da responsabilidade judicial, no decorrer deste capítulo.

criada naquele momento. Desta forma, se a justiça está para ser pensada na sua relação com o direito, qualquer decisão, para ser justa, deve traduzir um novo julgamento (*fresh judgment* ³¹²), algo que surge com nova força e que atende ao fato de que, se o direito é geral, a justiça deve sempre atender à singularidade, ao particular. Se a decisão judicial a ser proferida deve sempre estar de acordo com a regra preexistente ao caso, esta também deve significar uma reinterpretação da mesma, uma reatribuição de sentido que signifique a reinvenção da regra, a qual permite a obtenção de uma decisão singular, particular. Nas palavras de Derrida:

Bref pour qu'une décision soit juste et responsable, il faut que dans son moment propre, s'il y a en a un, elle soit à la fois réglée et sans règle, conservatrice de la loi et assez destructive ou suspensive de la loi pour devoir à chaque cas la réinventer, la re-justifier, la réinventer ³¹³ au moins dans la réaffirmation et la confirmation nouvelle et libre de son principe.

Os casos são diferentes entre si e, por mais que possam ser assemelhados, sempre apresentarão traços dissonantes, os quais obrigam a uma interpretação única. Se o direito fosse suficiente para assegurar, em termos rígidos e precisos, o que é o justo, o juiz seria uma mera máquina de calcular, e a atividade judicial seria completamente mecânica. Isto leva a um paradoxo: o juiz segue - confirma - , e destrói - reinventa - a lei, em cada caso. É como se houvesse um momento de suspensão, nunca realizado, onde a justiça se configura como o inalcançável, entre o passado contido no texto legal e o futuro que se constituiria em presente quando do surgimento da regra especial para aquele caso. A justiça como sinal de um tempo presente sempre adiado, inalcançável. E é justamente este o seu caráter aporético: nunca se pode dizer, no presente, que uma decisão seja justa ("De ce paradoxe, il suit qu'à aucun moment on ne peut *présentement* qu'une décision est juste..."³¹⁴). Para que a justiça se realize, o ato de decisão deve, ao mesmo tempo, ser livre e

³¹² Derrida utiliza a expressão *fresh judgment* a partir do artigo *Force*, de Stanley Fish. Conferir: FISH, Stanley. **Doing what comes naturally**. Change, rhetoric, and the practice of theory in literary and legal studies. Oxford : Clarendon Press, 1989.

³¹³ "Em suma, para que uma decisão seja justa e responsável ela deve, no momento próprio, se é que existe algum, ser ao mesmo tempo regulada e sem regulamentação: simultaneamente ela deve conservar a lei e também destruí-la ou suspendê-la o suficiente para que a mesma tenha que ser reinventada em cada caso, rejustificada, e ao menos reinventá-la na sua reafirmação e na nova e livre confirmação do princípio que a mesma contém" (DERRIDA, **Force de ...** *op. cit.*, p. 960).

³¹⁴ "Deste paradoxo segue que não existe nunca um momento no qual nós possamos dizer *no presente* que uma decisão é justa..." (Id. *ibid.*, p. 962).

responsável. E a remissão à lei leva sempre ao seu momento de instituição, no qual a questão da justiça não foi levantada. No presente, pode-se dizer que uma decisão judicial é legal, ou legítima, mas não justa.

A segunda aporia é significada pelo **fantasma do indecidível** (*la hantise de l'indécidable*). Esta idéia daquilo que não é decidível também está diretamente relacionada a uma concepção de tempo, e neste sentido esta segunda *aporia* não deixa de ser uma variação da primeira.

Como já foi anteriormente afirmado, toda decisão representa uma escolha, uma opção entre diferentes possibilidades de sentido. Quando Derrida fala naquilo que é indecidível, ele está relacionando não apenas a oscilação que existe entre sentidos conflitantes, ou entre regras que aparentemente são imperativas no caso. Porque a justiça representa sempre um momento que vai além do mero cálculo, do que pode ser apreendido; ela contém em si uma decisão impossível, uma presença que jamais poderá ser confirmada ou negada, ao mesmo tempo. Porque a concepção ética de justiça deste autor, enquanto relação com o outro, significa sempre uma infinita responsabilidade para com este outro, infinita no sentido de jamais poder ser concretizada, de ser irreduzível ao cálculo ou à mera efetivação da norma concreta. E é neste sentido, da impossibilidade de que alguma vez esta responsabilidade para com o outro possa efetiva e plenamente ser realizada, que a justiça não se torna jamais presença, jamais existe no presente. O indecidível não se relaciona a um cálculo de possibilidades, mas sim a esta decisão que jamais consegue captar completamente a singularidade do outro. Assim:

À aucun moment une décision ne semble pouvoir être dite présentement et pleinement juste: ou bien elle n'est pas encore prise selon une règle, et rien ne permet de la dire juste, ou bien elle a déjà suivi une règle - reçue, confirmée, conservée ou ré-inventé - que rien ne garantit absolument à son tour; et d'ailleurs si elle était garantie, la décision serait redevenue calcul et on ne pourrait la dire juste.³¹⁵

³¹⁵ "Não existe um momento aparente em que uma decisão possa ser chamada presente e completamente justa: ou ela ainda não foi produzida de acordo com uma regra, e nada nos autoriza a chamá-la de justa, ou ela já seguiu uma regra - seja por a ter recebido, confirmado, conservado ou reinventado - o que, por sua vez, não garante absolutamente nada e, acima de tudo, se pudesse garantir, a decisão seria reduzida ao cálculo e nós não poderíamos chamá-la de justa" (*Id. ibid.*, p. 962-964).

Ou a decisão não se realizou ainda, e a regra que a embasa não foi ainda seguida, ou ela se realizou e, tornando-se passado, contém na sua formulação e fundamentação uma regra acerca da qual é impossível dizer se é justa ou não.

A terceira idéia da justiça como *aporia* pode ser representada pela **urgência que barra o horizonte do conhecimento** (*l'urgence qui barre l'horizon du savoir*). Mais uma vez o tempo se faz presente, na configuração desta terceira *aporia*. A justiça, no entender do autor, é algo que não pode esperar. O julgamento, o ato da decisão se faz no presente e, ainda que a justiça não se realize no presente, neste presente que se estende ao futuro, o clamor pela justiça é um chamado no presente, é uma demanda à decisão, que não pode esperar. Por isto Derrida recusa a interpretação da justiça como um ideal, no sentido de um horizonte, algo que se coloca *além* ("Un horizon, comme son nom l'indique en grec, c'est à la fois l'ouverture et la limite de l'ouverture qui définit soit un progrès infini soit une attente"³¹⁶). Esta urgência implícita na necessidade da decisão impede que a justiça possa ser vista como um ideal, ou entendida como um horizonte, o qual pode significar espera.

A idéia de justiça, neste autor, é a idéia de algo que está por acontecer, algo que não se realiza no presente, mas também não no futuro:

(....) elle a *peut-être* justement un avenir (to-come) que je distingue rigoureusement du futur qui peut toujours reproduire le présent. La justice reste à venir, elle a, elle est à-venir, la dimension même d'événements irréductiblement à venir. Elle l'aura toujours, cet avenir, et toujours eu. *Peut-être* est-ce pour cela que la justice, en tant qu'elle n'est pas seulement un concept juridique ou politique, ouvre à l'avenir la transformation, la refonte ou la refondation du droit et de la politique.³¹⁷

Neste sentido, se a justiça representa o encontro com o outro, a infinita responsabilidade que o outro demanda, a verdadeira experiência da alteridade, ela é algo que nunca **se apresenta**. Ainda assim, ela pode significar a possibilidade da transformação do direito e da política, enquanto percebida como

³¹⁶ "Como o nome grego sugere, um horizonte é, ao mesmo tempo, a abertura e o limite que define um infinito progresso ou momento de espera". (*Id. ibid.*, p. 966).

³¹⁷ "(....) ela deve ter um *por vir*, um '*to-come*', o qual eu rigorosamente distingo do futuro que pode sempre reproduzir o presente. A justiça permanece, é ainda, um *to-come*, ela é algo *por vir*, a verdadeira dimensão de eventos irreduzíveis no tempo. Ela sempre terá, este *por vir*, por acontecer, sempre o tem. Talvez seja por esta razão que, desde que a justiça não é somente um conceito jurídico ou político, ela se abra para este *por vir* da transformação, a reformulação ou refundação do direito e da política" (*Id. ibid.*, p. 970).

uma responsabilidade inafastável e inadiável. E por isto se torna importante ressaltar, com o autor, a separação das idéias de futuro e o que ele chama *de à-venir/ to come*: o futuro pode significar a mera reprodução do presente ou, quando muito, a sua evolução. Ao contrário, a idéia de algo que está **por acontecer** representa a possibilidade da transformação, um **recriar**, **repensar**, **reformular**. Talvez seja esta a principal conclusão que se pode retirar da percepção de justiça como *aporia*, neste autor: a de que o fato de a justiça exceder as fronteiras do jurídico e do político, e o fato de que ela não é um elemento de cálculo, não pode servir como álibi para alguém negar a responsabilidade na busca da transformação das instituições que compõem a sociedade. Esta idéia está diretamente ligada ao ideal de emancipação, que Derrida afirma jamais ter sido realizado e o qual deve sempre ser perseguido.

Justiça e direito. A justiça fora do direito. A justiça enquanto algo por acontecer. Assim como a democracia. A descorporificação ou despersonalização da justiça, que pode melhor ser representada a partir da democracia, como esta também significou a descorporificação ou despersonalização do poder; o corpo do príncipe que deixou de ser identificado com o Estado/soberania. Neste sentido, a democracia seria a forma política mais apta a significar esta perspectiva de justiça. Perspectiva esta que não se esgota na ação política, mas pressupõe a ação política. Não se contém nos limites do ordenamento jurídico, mas pressupõe o direito como elemento de estabilização e prioriza o momento da decisão, ou melhor, do julgamento (significado este por um compromisso ético). Esta democracia pode ser significada pela busca infinita da justiça e representada por um compromisso com o outro. Democracia que em si também é um por acontecer.³¹⁸ A radicalização da democracia, compreendida pelo aprofundamento das relações democráticas; uma democracia plural, que possa reconhecer o outro em toda sua plenitude e que, indo além da razão, possa captar a importância das paixões como força motriz das ações humanas. Para que o direito possa

³¹⁸ "(...) and when I speak of democracy to come (la démocratie à venir) this does not mean that tomorrow democracy will be realized, and it does not refer to a future democracy...There is the future...There is something to come. That can happen...that can happen, and I promise in opening the future or in leaving the future open". (DERRIDA, **Remarks on...**, *op. cit.*, p. 83). "(...) e quando eu falo em democracia por vir (la démocratie à venir) isto não significa que amanhã a democracia será realizada, e isto não se refere a uma futura democracia...Existe um futuro...Existe algo por acontecer. Isto pode acontecer....isto pode acontecer, e eu prometo abrir o futuro ou deixar o futuro em aberto."

significar um instrumento para viabilizar a justiça e a democracia é necessário que efetivamente exista um compromisso dos seus órgãos aplicadores com a justiça e a democracia.

6.2 A RESPONSABILIDADE JUDICIAL

Existem vários mitos referentes à maneira como se realiza o processo de construção das decisões judiciais. Nunca a discussão da problemática da interpretação do direito e da sua aplicação pelos tribunais foi tão atual e necessária quanto neste final de século e início de milênio. A crescente intensificação dos conflitos sociais, ocasionada por um grau cada vez maior de complexidade e diferenciação nas sociedades contemporâneas, bem como por um recrudescimento no tocante à situação econômica e ao problema da distribuição de renda, tem levado ao aumento da demanda pela prestação da tutela jurisdicional. Nunca o ordenamento jurídico revestiu-se de tamanho grau de sofisticação e complexidade, ao mesmo tempo em que se lhe demandam respostas a problemas das mais diferentes ordens³¹⁹. Neste cenário, pensar a interpretação jurídica tem levado ao desvelamento dos mitos a ela inerentes. Este ocaso dos mitos que a cercam tem servido para mostrar cada vez mais a necessidade de um comprometimento dos tribunais com a justiça e a democracia. O direito só pode servir de resposta aos conflitos se for capaz de bem entender as diferenças inerentes ao processo de surgimento de tais conflitos. A administração das diferenças é, antes de mais nada, uma ação política, e não jurídica, a qual deve ser exercitada dentro dos pressupostos democráticos. Uma vez normatizadas as soluções politicamente encontradas, cabe aos tribunais a sustentação das mesmas, através da prestação da tutela jurisdicional.

³¹⁹ Como exemplos do grau de complexidade das respostas que têm sido solicitadas ao direito, através dos seus órgãos aplicadores, pode-se destacar as questões jurídico/éticas relacionadas à engenharia genética, a questão acerca de a quem cabe o custeio do tratamento de doenças como a AIDS, as revoluções no direito de família a partir da fecundação *in vitro* e outras formas, a mudança no direito previdenciário - entre outros - a partir da aceitação de que as relações entre pessoas do mesmo sexo merecem o mesmo tipo de proteção e assistência que as relações heterossexuais recebem, o problema da proteção do meio-ambiente e outros tantos mais.

Na perspectiva da desconstrução, a justiça é entendida como *aporia*, o que impede que esta possa ser vista como uma questão daquilo que “é”, ou seja, que ela seja reduzida a padrões ou convenções normativas. O ordenamento jurídico, tal qual ele é colocado, não significa ou contém, necessariamente, qualquer representação do justo. A justiça não é algo imanente ao ordenamento jurídico, nem pode este ser considerado justo em resposta a critérios de validade ou legitimação que o próprio sistema impõe. Ao contrário, a justiça é algo que transcende ao ordenamento, é algo que está além do sistema e que a ele não pode ser reduzido³²⁰. A percepção de que jurídico e justo são noções distintas é um primeiro passo em direção a uma interpretação do direito que busque através dele a realização da justiça, não assumindo a mera aplicação das suas regras como suficiente para a concretização da justiça.

A responsabilidade judicial³²¹ impõe ao juiz que ele efetivamente realize o **ato de julgar**, que a decisão produzida seja um **julgamento**, e não apenas a aplicação mecânica das regras jurídicas ou a apropriação dos precedentes para a solução de novos casos. O ato de julgar não se limita a um mero cálculo de probabilidades, e também não se limita à escolha neutra entre diferentes possibilidades normativas. Ao contrário, para que uma decisão judicial efetivamente possa ser compreendida como momento do julgamento, é necessário que esta traga em si um compromisso ético com a realização da justiça, o qual se realiza em primeiro lugar a partir da valoração que o julgador faz da norma aplicável ao caso concreto.

A interpretação no direito vai sempre envolver, em paralelo, a descoberta e a invenção. Ou seja, o juiz deve buscar, descobrir, dentro do arsenal legislativo e jurisprudencial as possíveis respostas que podem servir de solução ao caso que esta *sub judice*. Porém, esta mesma atividade também exige a invenção do direito (não no sentido da atribuição de um poder discricionário aos tribunais, que permita ao juiz criar direito e utilizar o direito criado para a solução do caso

³²⁰ Assim: “The aporias, or more precisely, Justice conceived as aporia, are an uncrossable limit which continually returns us to an inherent and ultimately irresolvable paradox. Justice so conceived resists its own collapse into law...”. (CORNELL, Drucilla. **The philosophy of the limit**. New York : Routledge, 1992. p. 118). “As aporias ou, mais precisamente, a Justiça concebida como aporia, são um insuperável limite o qual continuamente retorna para nós; um inerente e em última análise insolucionável paradoxo. A Justiça assim concebida resiste ao seu próprio colapso dentro do direito...”.

³²¹ Um desenvolvimento da perspectiva aqui adotada pode ser obtido na obra citada logo acima.

concreto, *ex post facto*), mas sim no sentido de que a generalidade da lei deve ser reduzida à singularidade do caso concreto. Desta forma, o juiz sempre vai ser responsável pela expressão dos seus próprios valores, a partir da leitura que ele próprio faz dos valores contidos nas normas. A responsabilidade do juiz se dirige não a uma “correta” leitura da norma (uma vez que é impossível a avaliação do que venha a ser essa correta leitura da norma) e também não ao simples levantamento/descoberta da norma no sistema: a sua responsabilidade se dirige à uma valoração da norma que pode afastar a sua aplicação, em prol de outra norma que possa ser encontrada no ordenamento, caso a primeira norma referida não esteja adequada à justiça que se quer realizar no caso concreto.

O momento de julgar está diretamente relacionado à primeira *aporía*, tal como ela foi acima exposta: envolve a suspensão do ato de apenas seguir a norma, suspendendo a sua aplicação, ao mesmo tempo que a sua leitura implica no reescrever da norma, tornando o seu texto passado em texto para o presente, através da sua avaliação e reconstrução de sentido. A decisão deve seguir a norma e reinventá-la, ao mesmo tempo. Cada decisão representa um corte, um “deixar de lado” outras possibilidades interpretativas. Neste sentido, a interpretação jurídica é excludente (como, antes dela, já foi excludente a interpretação da realidade realizada pelo legislador, ao criar a lei, escolhendo uma **ou** outra prioridade, um **ou** outro direito e assim por diante): “When the judge vindicates one normative interpretation over another she necessarily delegitimizes one of the competing perspectives”.³²² O julgador deve ser responsável por esta exclusão, se o resultado da sua decisão é para ser considerado efetivamente livre. E, assim como ele é responsável pelo passado, no sentido da história institucional inscrita no ordenamento, ele também é responsável para com o futuro, na medida em que suas decisões servirão de base a novas decisões, e assim por diante.

Uma das maneiras de se negar a responsabilidade do juiz, ou negar a possibilidade de transformação do direito e da própria política, é através da identificação do direito com a justiça. Esta identificação transforma descrição em prescrição (o que é o direito representa aquilo que **deve ser** considerado como

³²²“Quando a juíza reclama uma interpretação normativa sobre a outra ela necessariamente deslegitima uma entre perspectivas conflitantes”. (CORNELL, *The philosophy...*, *op. cit.*, p. 103).

justo), reduzindo o problema da justificação ou legitimação do ordenamento a uma questão tautológica. Nesta perspectiva, ao juiz basta seguir as regras ou *fazer aquilo que vem naturalmente* (*doing what comes naturally*³²³), entendido este “naturalmente” como a repetição, a reprodução de algo já bastante arraigado, que não demanda uma reflexão maior ou uma avaliação. Se o direito é a justiça, basta aplicar as regras do direito para que a justiça se realize. Ao contrário, localizando a justiça para além do direito, externamente a este, o próprio direito deve estar aberto para receber aquilo que está “fora” ou “além”, estando sempre aberto a transformações.

No sentido da desmistificação da interpretação do direito, Stanley Fish tem uma grande contribuição teórica, ainda que ele negue, veementemente, a possibilidade da transformação do direito e da prática dos tribunais a que tal desmistificação poderia levar. No artigo *Consequences*, contido no livro *Doing What Comes Naturally*³²⁴, Fish identifica duas posturas diferentes quanto à interpretação, ambas podendo ser consideradas como mitos envolvendo esta questão. A primeira postura consiste em remeter à vontade dos pais fundadores (*the intent of the founding fathers*), ou a algo que possa servir como fundação, estabelecendo um sentido originário para o texto a ser interpretado. A segunda consiste na possibilidade de uma leitura literal de todos os textos, a partir do significado semântico que os mesmos contém (*the plain meaning of words*).³²⁵ Estes mitos, os quais podem ser percebidos na fundamentação que os juízes realizam em suas decisões³²⁶, servem como sustentáculo à auto-reprodução e auto-legitimação do sistema. Porém, ainda que reconheça a parcialidade e contingência implícitos em todo processo de interpretação, este autor não atribui a este reconhecimento nenhuma qualidade crítica ou operativa.

Em primeiro lugar, ao identificar direito e justiça, ele nega a possibilidade de transformação do sistema. Nesta ótica, o sistema só pode ser melhorado a

³²³ Esta é a posição de FISH, *Doing what...*, *op. cit.*

³²⁴ *Id. Ibid.*, p. 315-341.

³²⁵ Uma crítica bastante acurada da posição de Fish, neste particular, pode ser encontrada em CORNELL, *The philosophy...*, *op. cit.*, p. 155-169. O mesmo artigo está reproduzido na revista **Deconstruction and the Possibility of Justice**, *op. cit.*, p. 1047-1064. sob o título *The violence of the masquerade : law dressed up as justice*.

³²⁶ Obviamente estes mitos são nomeados a partir da experiência interpretativa no sistema do *common-law*. Porém, os mesmos podem ser apropriados para se pensar o sistema romano-germânico. Neste sentido, existem teorias de interpretação que clamam ser necessária a busca da

partir de dentro, ou seja, o mesmo pode passar por um processo de melhora, no sentido da evolução. Esta melhora não significa transformação, dada a auto-referência do sistema e a sua idealização enquanto portador da referência do que seja o justo. Evolução é a única possibilidade, se a legitimação e justificação do sistema é atribuída ao seu próprio modo de funcionar.

Em segundo lugar, Fish coloca que não existe uma posição externa ao sistema, a qual possa servir de referência de base ou ponto de partida para a sua transformação. A partir da idéia de que o sistema jurídico pode se apresentar plenamente ao conhecimento, e negando o que possa estar além deste, não existe uma posição privilegiada para a realização de tal questionamento. Ou melhor, não existe posição externa alguma que permita tal questionamento. Desta forma, embora reconhecendo os mitos que cercam a interpretação, não existe a possibilidade de que eles possam ser anulados ou implicarem numa reformulação do processo de julgar e fundamentar as decisões.

A partir desta postura, Fish coloca que ao juiz resta fazer o que vem naturalmente (*doing what comes naturally*). Se a consciência de que a estrutura da decisão judicial não é suficiente à sua transformação, nada mais é possível do que julgar de acordo com as normas estabelecidas no sistema, promovendo a repetição do mesmo. Se direito e justiça são conceitos equivalentes, basta a aplicação do direito para a realização da justiça e a única responsabilidade do juiz é para a concreta aplicação da norma. Este autor pode ser considerado um representante do chamado novo formalismo (*new formalism*), visto que localiza a justificação no puro ato de construção da decisão, levando a uma perpetuação do *status quo*³²⁷.

O que está por detrás da tentativa em promover uma revigoração do formalismo, significada pela busca de criar uma identidade autônoma para o direito, é a idéia de que este realmente **precisa** ser autônomo em relação à ética e à política, sob pena de não ter identidade alguma. Desta forma, ao mesmo tempo em que o ordenamento jurídico absorve valores éticos e políticos, ele nega

vontade do legislador e outras que enfatizam que o texto da lei é suficiente para revelar a intenção e sentido da mesma, não sendo necessário nenhum recurso ao contexto que a cerca.

³²⁷ A este respeito conferir ROSENFELD, **Deconstruction and the Possibility of Justice**, *op. cit.*, p. 1211-1267 e também ROSENFELD, Michel. **Just interpretations : law between ethics and politics**. Berkeley : University of California Press, 1998.

fazê-lo, na tentativa de juridicizar e, de certa forma, neutralizar tais valores³²⁸. O que acontece, assim, é que embora a sua postura seja altamente reveladora no sentido de explicitar os mecanismos que envolvem a estruturação da decisão judicial, este autor não permite pensar em caminhos para suprir as deficiências que aponta. A crítica que Cornell³²⁹ faz a Fish, neste particular, é justamente no sentido de apontar que o reconhecimento dos paradoxos contidos na interpretação jurídica pode levar a uma prática da interpretação que inclua a responsabilidade do juiz em relação às decisões proferidas; a responsabilidade de justificar estas decisões a partir de um compromisso ético com a justiça e rejustificar a norma no momento da sua subsunção ao caso concreto.

Se o que se objetiva é pensar o direito enquanto instrumento para a realização da justiça, uma concepção procedimental desta permite não uma identificação dos princípios definidores do que ela venha a ser (incompatível com a perspectiva da justiça dentro da desconstrução), mas sim estabelecer o modo pelo qual os juízes podem construir as decisões. Na realidade, tal concepção, muito mais do que apontar o **caminho certo** para a justiça, aponta os **caminhos errados**, ou seja, aqueles que em hipótese alguma poderiam atender ao “chamado da justiça”.

Antes de mais nada, a responsabilidade judicial exige um compromisso em atender ao chamado da justiça. Isto implica no reconhecimento da insuperável separação entre direito e justiça, desmistificando os conteúdos legais como intrinsecamente justos. Assim, atender a este chamado significa assumir a responsabilidade, envolvida em cada decisão, de repensar e justificar o direito passado e outras categorias jurídicas, ao invés de meramente repeti-los³³⁰. Ou seja, descobrir e reinventar o direito ao mesmo tempo.³³¹

³²⁸ Um dos mais conhecidos textos deste autor se chama **The law wishes to have a formal existence** (O direito quer ter uma existência formal), indicando a necessidade da criação desta identidade própria e exclusiva do direito. O direito precisaria ter esta existência formal como garantia de sua generalidade e estabilidade. As regras precisam ser estáveis o suficiente para permanecer além do momento da sua formulação e serem genéricas o suficiente para darem conta de uma infinidade de situações. (FISH, Stanley. **There's no such thing as free speech** (and it is a good thing too). Oxford : Oxford University Press, 1994).

³²⁹ Conferir CORNELL, **The philosophy...**, *op. cit.*, p. 144-147.

³³⁰ Para Cornell, a responsabilidade judicial envolve a possibilidade de os juízes virem eles próprios a ser julgados pelas decisões que tomaram. Assim: "It can also be *translated* into a standard by which we can judge the justices themselves as to how they have exercised their responsibility....All judges are not equal in the exercise of their responsibility to Justice, even if

justice cannot be determined once and for all as a set of established norms". (CORNELL, *The philosophy...*, *op. cit.*, p. 166). "Isto também pode ser traduzido em um *standard* segundo o qual nós podemos julgar os próprios juizes quanto ao como eles exercitam sua responsabilidade... Nem todos os juizes são iguais no exercício da sua responsabilidade para com a Justiça, ainda que a justiça não possa, de uma vez por todas, ser tomada como um conjunto de normas estabelecidas."

³³¹ Como a maior parte dos autores americanos e ingleses, Cornell analisa o papel do juiz no sentido de implementação da justiça a partir de uma análise de casos concretos. Em particular, para a visualização da aplicabilidade do que vem sendo aqui trabalhado, podem ser referidos os casos *Bowers v. Hardwick* (*Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186, 1986, analisado por Cornell, *The Philosophy...*, *op. cit.*, p. 159-169) e *Roe v. Wade* (*Roe v. Wade*, 410, U.S., 113, 1913, analisado por Cornell, *op. cit.*, p. 147-154). O primeiro é referido analisando a posição do juiz White, ao qual a autora critica por não ter cumprido efetivamente seu papel de julgador, negando a responsabilidade pela sua decisão; no segundo caso é analisada a posição do juiz Blackmun, o qual teria proferido uma decisão compatível com a idéia da decisão judicial. Por questões de espaço e brevidade, uma versão resumida destes exemplos vai ser agora apresentada, já em português. O 1º caso (*Bowers v. Hardwick*) é uma situação ocorrida na Geórgia onde, a partir de um caso de sodomia, o Estado elaborou uma legislação que proibia esta prática, ou o intercuro sexual entre gays masculinos. Levado o caso à Suprema Corte, como já foi referido, é analisada a posição do juiz White, integrante da maioria, quanto à validade da legislação elaborada na Geórgia. Este juiz sustenta que o Estado da Geórgia tem o direito de transformar a sodomia em ofensa criminal. Para tanto, apóia sua decisão na "vontade dos pais fundadores", no sentido de que não existe nada que possa demonstrar que o direito à privacidade engloba a sodomia. Interpretando a constituição e verificando que a mesma nada fala sobre sodomia, a conclusão é que este ato não pode ser juridicamente protegido ou permitido. Na visão da autora, se já é muito difícil interpretar a partir do texto da lei, muito mais difícil é interpretar a partir do silêncio do direito (porque o direito não proíbe tal prática, o direito apenas não se refere a ela); desta forma, é claro que a interpretação envolve claramente os valores do juiz, ao colocar a sua moralidade pessoal na construção da interpretação e do sentido da norma. Além de fundamentar sua decisão na vontade dos pais fundadores, o juiz White ainda parte da possibilidade de que o sentido da norma pode ser completamente localizado dentro dela própria. Neste sentido, ele rejeita a posição do 11º Circuito, o qual sustentava a invalidade da lei da Geórgia, com fundamento na 9ª Emenda (a enumeração de alguns direitos na Constituição não implica na negação de outros, não explicitados, e que permanecem na mão do povo) e na Cláusula do Devido Processo Legal da 14ª Emenda (nenhum estado pode promulgar leis que restrinjam os privilégios ou imunidades do povo sem o devido processo legal). Como na legislação mencionada não existe nada que explicitamente proteja a sodomia, esta pode ser tornada crime; *the plain meaning of the words* (o sentido literal das palavras) não obriga a estender o direito à privacidade à atividade homossexual. O argumento do juiz White repousa na sua posição de que não somente é possível, mas também é louvável, que se decida de uma maneira que simplesmente reproduza o passado, sem nenhuma transformação. Ele nega a sua própria responsabilidade pela construção da decisão; negando sua responsabilidade para com a justiça, a partir do pressuposto de que basta reproduzir o passado contido nos textos legais ou nos precedentes. Desta forma, ele também nega seu papel como juiz, o qual implica em justificar e não somente repetir o direito preexistente. Assim, se tal direito não estava na moldura original da Constituição, e se as leis que tratam do direito à privacidade não mencionam explicitamente a prática homossexual, ela pode ser automaticamente negada. Já o caso *Roe v. Wade* se refere à questão de poder ser o direito à privacidade estendido à prática do aborto. Analisando a questão, o juiz Blackmun coloca que a questão acerca de quando começa a vida não é uma questão que a Justiça possa responder. Porém, o direito pode responder quando o feto se torna um sujeito de direitos. Neste sentido, o juiz Blackmun coleta decisões passadas, ao mesmo tempo em que suspende a sua aplicabilidade visando a melhor adequá-las ao caso concreto em questão. Ele deve realizar um *fresh judgement*, tendo em vista a realidade das mulheres naquele momento, a qual pode levar ao direito ao aborto. Assim, ele estende o direito à privacidade contido em alguns precedentes para abranger a situação do aborto. Sua atitude pode até mesmo ser considerada ativista (a comunidade jurídica americana chama assim os juizes que estendem amplamente o sentido das normas contidas nos precedentes, visando à resolução de situações ainda não juridicamente reguladas), mas pode ser considerada um tipo especial de ativismo, tendo em vista que atende a uma situação genérica e, ao mesmo tempo, reinventa o direito posto, no sentido de abranger novas situações, antes não endereçadas. Neste sentido, ele teria exercitado a sua responsabilidade como juiz. No dizer de Cornell: "Judicial interpretation is not the calculation that 'fits' pieces into a puzzle. Judicial interpretation demands judgment. Judgment

Aliada a esta tese da responsabilidade judicial está a chamada tese da equivalência dos direitos. Em certo sentido, pode-se dizer que esta tese é uma modificação, aplicada ao direito, daquilo que Mouffe chama de equivalência das lutas democráticas. Ou, melhor dizendo, a tese da equivalência dos direitos pode representar, no plano jurisdicional, o mesmo que a tese da equivalência das lutas democráticas pode significar na arena política: uma nova maneira de aumentar e aprofundar a vivência democrática. Em ambas estas perspectivas o que existe é a consciência de que é necessário aumentar a área de inclusão nas modernas democracias, possibilitando que mais indivíduos e grupos exercitem formas de convivência democráticas, bem como aprofundando a noção de que não devem existir lutas ou direitos que se sobreponham uns aos outros.

Conforme já foi analisado no 4º capítulo, Mouffe parte do pressuposto de que uma das maneiras para radicalizar a democracia, radicalizando também o sentido do pluralismo, é através de uma estratégia chamada de equivalência das lutas democráticas. Neste prisma, uma das principais tarefas de uma política verdadeiramente democrática é buscar novas formas de articulação entre diferentes interesses, não visando ao mero agrupamento entre estes interesses, consubstanciados pelas diversas posições de sujeito que cada indivíduo experimenta na vida social, mas buscando novas formas de identificação coletiva, transformando identidades preestabelecidas e reconstruindo-as com base em princípios políticos compartilhados; não esquecendo que o conflito é uma dimensão inerradicável da esfera política. Também é importante considerar que as paixões vão implicar que um consenso perfeitamente racional seja impossível, sendo necessário a reelaboração dos objetivos políticos de cada grupo, de maneira que todos possam partir do pressuposto de que estes objetivos se equivalem em importância.

No plano do direito, pensar a equivalência dos direitos pode ser um caminho para aprofundar o compromisso dos tribunais com a justiça e a democracia, ampliando o sentido da responsabilidade judicial. O que está na base desta concepção é que não existem lugares privilegiados ou sentidos

demands more than a description of how two cases "fit" together. When the judge "judges" she justifies precedent." (CORNELL, *The philosophy...*, *op. cit.*, p. 153) "A interpretação jurídica não é somente um cálculo que coloca as peças em um quebra-cabeças. A interpretação jurídica demanda julgamento. Julgamento demanda mais do que uma descrição de como dois casos assentam em conjunto. Quando a juíza julga ela justifica o precedente."

naturais em relação ao que se passa na sociedade. A contingência de todas as identidades, bem como seu caráter relacional, importa que todos os padrões e critérios normativos possam ser questionados, não se furtando à argumentação. Desta forma, a equivalência entre os mais variados direitos pode levar os juízes a terem mais responsabilidade em relação aos padrões que eles utilizam para o julgamento de cada caso. Esta tese visa, basicamente, a buscar caminhos que possam, ao mesmo tempo, respeitar as demandas por igualdade e diferença.

As lutas levadas a cabo no plano político pelo movimento negro, ambientalista, gay, dos trabalhadores, e outros, encontra respaldo jurídico nesta idéia de direitos equivalentes. O pressuposto é o de que estes direitos possuem o mesmo valor, não podendo ser diferenciados quanto à prioridade da sua vivência, expressão e proteção. Porém, não se apregoa a igualdade entre os sujeitos envolvidos em cada uma destas situações, pois efetivamente eles se diferenciam, e esta diferença não só é insuperável, como deve ser valorada em si mesma. A igualdade, neste sentido, se realiza na idéia de respeito à diversidade, à diferença, à expressão de opiniões, crenças, valores e afetos nas mais variadas formas. Desta forma, esta prática pode efetivamente contribuir para o aumento da legitimidade das decisões dos tribunais, abrindo novos caminhos para a vivência democrática (esta contribuição pode se dar no sentido de que, não priorizando um direito em detrimento de outro, tornando-os equivalentes, o vínculo de solidariedade social pode ser fortalecido, diminuindo - embora não eliminando - as áreas de conflito): "Because it accepts the responsibility of legal decisions to justify, and not just repeat, past law, and recognizes the limits and exclusions of the laws own standards and categories, the practice of equivalent rights would be able to respect the law's constitutive openness to the future and to its own transformation".³³²

³³² "Porque aceita a responsabilidade de justificar as decisões jurídicas, e não somente repetir o direito passado, e reconhece os limites e exclusões próprios das leis e *standards*, a

6.3 INTEGRIDADE E JUSTIÇA

A democracia, e ainda mais a democracia entendida nos moldes da democracia radical, pressupõe o reconhecimento e a valorização da diferença. Este reconhecimento da diferença implica, ele próprio, na consciência de que não existe uma única concepção de bem que possa ser sobreposta às demais, bem como não existe a possibilidade da eliminação do conflito e do antagonismo em sociedades com tão elevado grau de complexidade e diferenciação. Em última análise, sendo as paixões um elemento vital na constituição da subjetividade de cada indivíduo, não é viável pensar que estas possam ser completamente “domesticadas” através de instrumentos de controle, sejam eles normativos ou de qualquer outra espécie.

Tal constatação implica, no tocante ao problema da justiça, que concepções substantivas acerca desta sejam colocados de lado, em prol de uma visão procedimental. Com isto não se quer dizer que o abandono total de normas substantivas seja possível. O que se afirma é a predominância, no tocante à justiça, deste aspecto, no sentido de que procedimentos justos podem quase sempre produzir decisões justas, independentemente de um apelo ao estabelecimento preciso do que seja a justiça em caráter substantivo³³³.

A tese da responsabilidade judicial, conforme foi analisada no item anterior, representa este tipo de concepção procedimental quanto à justiça, uma vez que não existe nenhuma preocupação em estabelecer o que seja o justo e sim uma preocupação com os mecanismos que podem conduzir a decisões justas (também consoante foi dito anteriormente, mais do que dizer o que fazer para atingir tal objetivo, esta postura esclarece o que não fazer, ou seja, quais atitudes são com ela incompatíveis). Neste sentido, esta tese representa bem o entendimento da justiça enquanto *aporia*, significando uma infinita responsabilidade para com o outro. Tal concepção de justiça recusa a identificação do justo com o direito, bem como se recusa a conceber a justiça

prática dos direitos equivalentes seria apta a respeitar a abertura constitutiva da lei para o futuro e para sua própria transformação” (KEENAN, *The democratic...*, op. cit., p. 359).

³³³A este respeito conferir ROSENFELD, M. Can rights, democracy, and justice be reconciled through discourse theory? Reflections on Habermas's proceduralist paradigm of law. In: ROSENFELD, M. ; ARATO, A. (Ed.). *Habermas on...*, op. cit., p. 82-114.

como sendo significada pelos critérios objetivos contemplados pelo ordenamento jurídico.

Partindo de perspectivas teóricas completamente diferentes da perspectiva da desconstrução, Dworkin vem trazendo importantes contribuições para um melhor entendimento da problemática da interpretação e aplicação do direito. Na sua visão, a interpretação é uma prática historicamente situada, sempre vinculada aos precedentes que compõem a história institucional da comunidade. "Dworkin's approach is intertextual, and although formal and procedural, it is not purely abstract. The substantive values of the community of legal actors do not directly figure in legal decisions, but they are not simply severed from the process of legal interpretation"³³⁴. Embora não através de remissão direta, estes valores vão ser incorporados às decisões, em um movimento que une procedimento e substância.

Embora a teoria do direito enquanto integridade possa ser alvo de várias críticas e deixe inúmeros pontos em aberto³³⁵, se a integridade for tomada em um sentido mais restrito do que aquele advogado por Dworkin, ela pode se constituir em uma importante contribuição para a abertura de novos caminhos dentro da problemática da interpretação jurídica.

Tendo em mente a idéia de que os juízes devem ser responsáveis pelas decisões que constróem, responsabilidade esta que pode ser lida em relação ao passado (no sentido de descobrir dentro das normas jurídicas, dos precedentes e dentro da própria história institucional da comunidade a norma aplicável ao caso

³³⁴ "O aporte de Dworkin é intertextual, e embora formal e procedimental, ele não é puramente abstrato. Os valores substantivos da comunidade de atores legais não figuram diretamente nas decisões jurídicas, mas eles não estão completamente afastados do processo de interpretação jurídica". (ROSENFELD, **Deconstruction and...**, *op. cit.*, p. 1215).

³³⁵ Conforme analisado ao final do 5º capítulo, a teoria do direito como integridade não é capaz de explicar de que forma pode ser encontrada uma resposta ao problema de como conciliar objetivos distintos sem comprometer o consenso mínimo requerido pela democracia. Ou seja, esta teoria não explica como este consenso pode ser obtido em meio ao pluralismo das democracias contemporâneas. Também a idéia da resposta certa, corolário da integridade no campo da aplicação do direito, não fornece suficientes critérios para se chegar a esta resposta correta, se a mesma fosse possível. Além do que, esta tese implicitamente vai de encontro à idéia de Dworkin do direito enquanto prática interpretativa, cujo sentido só se constrói a partir do próprio ato interpretativo, posto que leva à idéia de que o ordenamento jurídico contém uma resposta - certa - anterior ao próprio ato de interpretação. No tocante à construção da decisão propriamente dita, Alan Brudner coloca que o critério de adequação em Dworkin (*fit*) é indeterminado e amplo demais para dar um sentido concreto à idéia de integridade BRUDNER, Alan. The ideality of difference: toward objectivity in legal interpretation. **Deconstruction and the Possibility of Justice**, *Cardozo Law Review*, v. 11, n. 5-6, jul./aug. 1990. A crítica aqui mencionada pode ser encontrada entre as páginas 1155-1168.

concreto), ao presente (pois o chamado da justiça exige sempre uma resposta imediata) e também para com o futuro (pois vão inscrever estas mesmas decisões na prática desta comunidade, a qual vai servir de referência futura), a justiça entendida como *aporia* implica na descoberta da norma e na sua reinvenção, no sentido da sua justificação.

O direito é geral, contém padrões gerais de conduta, enquanto a justiça exige uma resposta singular, particular ao caso em análise. De acordo com a concepção ética de justiça que se está tomando como pressuposto, a qual pressupõe uma infinita responsabilidade para com o outro, e tendo em vista que esta jamais vai ser plenamente realizada, a justiça jamais se realiza no presente, se constituindo sempre em um *à-venir*, algo por acontecer. Já foi referido que toda interpretação, e também a interpretação jurídica, é uma escolha entre diferentes possibilidades de sentido. Neste sentido, toda interpretação é excludente e inovadora, ao mesmo tempo: excludente, pois deslegitima as demais possibilidades significativas, que foram superadas no ato de interpretação; inovadora, no sentido de criar um novo sentido normativo, tendo em vista que a interpretação realizada pelos tribunais tem o poder de criar sentidos que adquirem força normativa. Nesta linha de raciocínio, toda interpretação jurídica está ligada a uma violência³³⁶ que lhe é constitutiva: se a função da interpretação é produzir decisões justas e se a justiça implica na infinita responsabilidade para com o outro, toda interpretação implica em uma violência simbólica, visto que é uma decisão no terreno do que não é decidível.³³⁷

³³⁶ "Because it is caught in the insurmountable oppositions between the singular and the universal and between the concrete and the abstract, justice cannot avoid producing violence. When the self presses its claims in the name of justice, it is bound to do violence to the other. But, by the same token, when the self restrains the pursuit of its own claims to do justice to the other, it does violence to itself". (ROSENFELD, **Just interpretations...**, *op. cit.*, p. 60). "Porque ela é surpreendida pelas insuperáveis oposições entre o singular e o universal e entre o concreto e o abstrato, a justiça não pode evitar produzir violência. Quando o "eu" pressiona seus objetivos em nome da justiça, ele está fadado a cometer violência com o outro. Mas, pelo mesmo raciocínio, quando o "eu" restringe a busca por seus objetivos para fazer justiça ao outro, ele está cometendo violência contra si próprio".

³³⁷ Tome-se o exemplo da extirpação do clitóris por algumas tribos africanas. Suponha-se que este ato seja praticado contra alguém residente em países que não admitem tal prática (Brasil, Estados Unidos e uma infinidade de outros) mas pertencente a este grupo religioso e que o ato seja executado por alguém que, de acordo com tal crença, tem o dever de fazê-lo, em um determinado momento. Perante as leis locais (não somente as leis que punem o ato de causar lesões corporais, o direito à integridade física e moral, entre outras, mas também leis que disciplinam o âmbito de incidência das demais normas, em tempo e espaço), claramente esta é uma prática ofensiva. Porém, de acordo com a crença que rege a vida dos envolvidos, esta é uma prática costumeira e necessária. Esta é uma decisão que pode ser considerada como estando neste terreno do indecidível, se forem olhados todos os elementos envolvidos no caso, e não

Assim, se toda decisão contém um ato de violência simbólico, torna-se ainda mais necessária a valoração e rejustificação dos fundamentos normativos, a cada momento. Em Derrida, é necessário que o julgador suspenda a aplicação da norma, enquanto reavalia a mesma, reinventando a norma no sentido de corresponder à singularidade do caso concreto e realizando um *fresh judgement*. Isto implica, como já foi mencionado, na descoberta do direito e na sua justificação.

A visão do direito como integridade em Dworkin importa, para a construção da decisão judicial, em adequação e justificação (*fit e justification*). A decisão deve se adequar aos precedentes que compõem a história institucional da comunidade, ao mesmo tempo em que a justificação da mesma conduz à idéia de que ela possibilite que esta prática se torne a melhor que ela pode ser (o que, por sua vez, conduz à idéia de equidade). É justamente neste aspecto que a idéia do direito enquanto integridade pode se unir à tese da responsabilidade judicial, permitindo pensar a aplicação do direito dentro de uma comunidade radicalmente democrática (embora esta perspectiva - da integridade - seja adotada aqui com uma feição mais modesta do que aquela imaginada por Dworkin).

No sentido de propiciar a necessária consistência entre as decisões judiciais, necessárias à democracia, a idéia de *fit* (adequação) pode expressar uma determinada forma de descobrir o direito para o caso concreto, compatível com a integridade. Ao mesmo tempo, o descobrimento da norma aplicável ao caso concreto, e compatível com a prática institucional da comunidade, vai gerar como consequência a reavaliação da mesma, não no sentido da justificação pretendida por Dworkin (de fornecer a melhor resposta, resposta esta que torna a prática institucional a melhor possível), mas sim no sentido de promover a necessária adequação entre a norma geral e abstrata e o chamado da justiça,

somente o aspecto normativo (nas palavras de Dworkin, este seria um *hard case*). Álias, os elementos normativos disponíveis para a construção da decisão são eles próprios representativos de uma determinada visão de mundo, e nada permite que esta possa ser absolutizada. A singularidade deste caso não pode ser subsumida a nenhuma lei com validade universal, o que obriga que a decisão a ser proferida implique, em certo sentido, numa escolha impossível. No caso, a justificação ética e política desta decisão só é possível a partir do recurso ao discurso que prevalece no contexto, que é discurso jurídico (e democrático) do Ocidente. A menção à extirpação do clitóris foi encontrada em TORFING, *The new...*, op. cit., p. 64 e adaptada para atender as necessidades do que se está tentando esclarecer. Nesta mesma linha de raciocínio, pode ser tomada como exemplo a situação dos responsáveis jurídicos por alguém, os quais impedem uma transfusão de sangue, mesmo em uma situação em que o sujeito que dela necessita pode vir a morrer, por motivos religiosos.

singular e concreta. Consistência, aqui, significaria a busca de decisões que significassem melhor a compreensão ética de justiça que se está considerando.

Ao mesmo tempo, parte-se do pressuposto que, embora dinâmico, aberto, interdependente e interrelacionado ao universo exterior, dos quais recebe elementos, o ordenamento jurídico tem que ser capaz de fornecer respostas jurídicas às questões que lhe são apresentadas. Neste sentido, também a idéia de integridade pode funcionar para evitar a redução do direito à política. A discricionariedade judicial é negada, partindo-se da idéia de que o juiz não detém legitimidade para a criação do direito dentro dos sistemas democráticos e também atendendo ao fato de que não pode haver a aplicação de direito *ex post facto*.

Se a democracia radical e plural pressupõe o reconhecimento da abertura, da contingência e da indeterminação de sentido e se o direito também se caracteriza por esta indeterminação de sentido, é necessário que se busquem meios de, pelo menos parcial e provisoriamente, estabilizar as relações, com um certo fechamento de sentido. Na visão da desconstrução, não existe a possibilidade de uma leitura plena dos textos (e o direito se envolve em textos), pois estes jamais possuem sentidos completos. Assim, a leitura/interpretação de um texto lhe atribui um sentido - no presente - que não havia quando o mesmo foi escrito - no passado. Ao mesmo tempo, este texto presente também é ele próprio indeterminado em certos aspectos e ele mesmo vai se constituir em material para que, no futuro, ele venha a ser reescrito através de sucessivas interpretações. Isto torna impossível um completo fechamento de sentido dos enunciados jurídicos. Mas a justiça, e a democracia, exigem fechamento, ainda que parcial e provisório.

No tocante à justiça (a democracia vai ser referida mais adiante), os princípios subjacentes ao ordenamento podem constituir um importante instrumento para a obtenção deste fechamento de sentido. Mesmo pressupondo-se a indeterminação de sentido dos enunciados jurídicos, o rol de sentidos que lhes podem ser atribuídos não é infinito, tendo em vista a consistência requerida pela idéia de integridade. Os sentidos jurídicos, embora nunca totalmente fechados e definitivos, também não são completamente abertos ou arbitrários. Existem determinados parâmetros, guias que podem conduzir a atividade interpretativa, ao mesmo tempo em que limitam o rol dos sentidos possíveis. Os

princípios jurídicos podem servir a esta função, funcionando como “indicadores de sentido”. Porém, estes princípios são aqui tomados com um papel mais modesto do que aquele que lhes atribui Dworkin (para este, na ausência de uma norma concreta, o princípio permitiria a obtenção da resposta certa).

Um princípio não significa uma regra, capaz de determinar precisamente o ato interpretativo. Um princípio é um guia, um orientador de caminhos, algo que se impõe como orientação e limite aos sentidos que podem ser obtidos pelo processo construtivo da interpretação:

We can think of a principle as the light that comes from the *lighthouse*³³⁸, a light that guides us and prevents us from going in the wrong direction. A principle, however, cannot determine the exact route we must take in any particular case; it does not pretend that there is only one right answer. It can, however, serve to guide us, by indicating when we are going in the wrong direction. If a principle cannot give us one *right answer*³³⁹, it can help us define what answers are wrong in the sense of being incompatible with its realization.³⁴⁰

Neste sentido, uma prática interpretativa que adote os princípios como referência pode ajudar a superar a indeterminação dos enunciados jurídicos, sem implicar no completo fechamento dos mesmos. Eles permitem o fechamento de sentido no presente, para atender ao chamado da justiça no caso concreto, ao mesmo tempo em que deixam o caminho (embora, como já foi dito, este seja um caminho também limitado) aberto para uma nova reinvenção da norma.

Embora interdependentes e interrelacionados, direito, política e ética são estruturas distintas. A justiça, compreendida como um compromisso ético com o outro, não deixa de ter um componente político, uma vez que este compromisso ético é sempre referido por um contexto histórico-cultural e que o mesmo leva à necessidade de decisões, as quais implicam agir. Uma possibilidade é a ação política, capaz de satisfazer à obtenção da justiça política. Outra possibilidade é o recurso aos tribunais, reclamando a prestação da tutela jurisdicional que busque a realização da justiça através de procedimentos jurídicos para a tomada de

³³⁸ A autora está fazendo referência a Virginia Woolf, *To the Lighthouse* (London: 1964).

³³⁹ A autora está fazendo referência a Ronald DWORKIN. *Taking rights...*, *op. cit.*.

³⁴⁰ “Nós podemos pensar em um princípio como a luz que vem do farol, uma luz que nos guia e evita que possamos ir na direção errada. Um princípio, entretanto, não pode determinar a rota exata que devemos tomar em cada caso particular; ele não pretende que haja somente uma resposta certa. Ele pode, entretanto, servir de guia para nós, indicando quando estivermos indo na direção errada. Se um princípio não pode nos dar uma resposta certa, ele pode nos ajudar a definir

decisão. Assim como o direito não pode ser reduzido à política, a interpretação jurídica também não pode ser confundida com a ação política. A tese da responsabilidade judicial, a qual pressupõe a aceitação da idéia de que os direitos são equivalentes, aliada à concepção do direito enquanto integridade (tomada enquanto busca de coerência para as decisões, mas não importando na busca *da resposta certa*) e firmada numa concepção principiológica da interpretação, pode permitir o fechamento de sentido necessário para evitar que o atual nível de indeterminação e complexidade das sociedades leve ao caos, transformando o direito efetivamente num instrumento eficaz de estabilização. Porém, tal perspectiva parte da consciência de que existe uma distância necessária entre a interpretação jurídica e a ação política, e que nem todas as demandas da sociedade podem encontrar resposta no plano jurídico. Uma grande parte destas demandas pressupõem acordos e decisões a serem obtidos na esfera política, e não jurídica.

6.4 RADICALIZANDO A DEMOCRACIA NA COMUNIDADE DE PRINCÍPIOS?

Embora partindo de aportes teóricos completamente diferentes³⁴¹, existem alguns pontos das teorias de Mouffe e Dworkin que podem ser utilizados em conjunto, no sentido de visualizar a democracia neste final de século, bem como a importância do direito enquanto um dos instrumentos para a sua realização.

Conforme já analisado no 4º capítulo deste trabalho, Dworkin assim se expressa acerca do que venha a ser a integridade, elemento central da sua comunidade de princípios: "It is, finally, a fraternal attitude, an expression of how we are united in community though divided in project, interest, and conviction.

quais respostas são erradas, no sentido de serem incompatíveis com a sua realização" (CORNELL, *The philosophy...*, *op. cit.*, p. 106).

³⁴¹ Mouffe se auto-intitula uma representante da esquerda, e afirma que a distinção esquerda/direita está longe de poder ser considerada ultrapassada (ao contrário, segundo a autora, negar esta oposição é negar a própria manifestação do conflito e do político na sociedade, o que representa um risco para a democracia). A este respeito, conferir MOUFFE, Chantal. **The radical centre**. A politics without adversary. Paper entregue em sala de aula, disciplina The State, Politics and Violence. Centre for the Study of Democracy – University of Westminster, London, fall 1998. p. 14-16. Por outro lado, Dworkin faz em sua obra uma clara defesa do liberalismo. Ou, melhor dizendo, ele parte de uma visão liberal de sociedade, nos moldes em que está estruturada a democracia americana, para construir toda sua teoria (ainda que o liberalismo deste autor seja chamado liberalismo igualitário, dada a ênfase que coloca no princípio da igualdade).

That is, anyway, what law is for us: for the people we want to be and the community we aim to have.”³⁴² Esta sua postura quanto à integridade sintetiza o seu ideal da comunidade de princípios, ou seja, uma comunidade onde os indivíduos, independentemente de suas diferenças, tenham uma atitude fraternal uns para com os outros, objetivando a formação de uma verdadeira **comunidade**.

Referindo-se à concepção democrática de associação política, Mouffe assim se expressa:

To belong to the political community what is required is that we accept a specific language of civil intercourse, the *respublica*. Those rules prescribe norms of conduct to be subscribed to in seeking self-chosen satisfactions and in performing self-chosen actions. The identification with those rules of civil intercourse creates a common political identity among persons otherwise engaged in many different enterprises.³⁴³

Esta associação política se caracterizaria por indivíduos que têm interesses diferentes, vivendo projetos de vida diferentes, mas que aderem à determinadas regras de convivência política, e a adesão a estas regras é que permitiria criar laços de identificação e coesão social.

Comum à visão de comunidade democrática destes dois autores está o reconhecimento do pluralismo e a consciência de que a democracia só se realiza se os indivíduos - ao par das suas diferenças, diferentes objetivos e diferentes concepções de mundo - forem aptos a criar formas de identificação e solidariedade.

A diferenciação social neste final de século (provocada por causas das mais diversas ordens: econômicas, políticas, étnicas, religiosas, de orientação sexual, entre outras) e a radicalização das diferenças, resultado de um recrudescimento das paixões vivenciadas nas esferas pública e privada (os novos nacionalismos, bem como o crescimento da intolerância religiosa, são um exemplo desta situação), têm levado ao estabelecimento de situações que

³⁴² “Isto é, finalmente, uma atitude fraternal, uma expressão de como nós somos unidos em comunidade embora divididos em projetos, interesses, e convicções. Isto é, de qualquer maneira, o que o direito é para nós: o povo que nós queremos ser e a comunidade que nós objetivamos ter” (DWORKIN, *Law's empire*, *op. cit.*, p. 413).

³⁴³ “Para pertencer à comunidade política o que é requerido é que nós aceitemos a linguagem específica do intercurso cívico, da *república*. Estas regras prescrevem normas de conduta, as quais se deve aderir na busca da satisfação pessoal e no desempenho de ações que cada um escolhe para si. A identificação com estas regras da convivência cívica cria uma

parecem significar “a beira do abismo”, no sentido de indicarem a possibilidade de ruptura social. O incremento do número de conflitos demanda mais e mais dos instrumentos tradicionalmente disponíveis para resolvê-los: “Conflicts can be solved by violence, force, negotiation and discourse. In order to negotiate and to conduct a discourse, a common language must be spoken.”³⁴⁴

O discurso jurídico não é o ponto de partida para o estabelecimento de laços de coesão ou solidariedade, mas a enunciação de direitos e a sua aplicação pelos tribunais constitui um importante instrumento para a resolução dos conflitos e a consolidação e fortalecimento destes laços. É necessário que os indivíduos, reunidos na **república**, possam se comunicar através de uma linguagem comum. Esta linguagem comum não implica que o povo (entendido como os participantes do jogo democrático) se expresse através de uma **única e coerente** voz, como quer Dworkin. Ao contrário, tal idealização contém um forte componente autoritário (ainda que, reconhecidamente, não seja esta a intenção de deste autor), na medida em que pressupõe um tipo de consenso social que só seria possível se a voz do **outro** fosse calada. Tal consenso implica na negação do político, uma vez que nega a dimensão do conflito inerente à vivência e prática política. A política democrática não pressupõe a formação de um consenso duradouro, ao contrário: ela pressupõe a compreensão dos diferentes fatores que levam os indivíduos a atuarem e, assim fazendo, permite pensar a diferença, o plural e a contingência que são características do jogo democrático.

Se a dimensão do antagonismo é inevitável, é necessário que os mecanismos para administrá-los se fortaleçam e sejam, eles próprios, democráticos. Antes de mais nada, se a lógica democrática pressupõe a exclusão (a delimitação da fronteira **amigo/inimigo**, o **nós e o eles**), é necessário que apenas sejam excluídos do jogo democrático aqueles que discordam da democracia enquanto forma de organização da sociedade (aqui se incluem todas as formas de totalitarismo, e o século XX oferece diversas delas à análise). Esta deve ser a única fronteira excludente: só não participam do jogo democrático

identidade política comum entre pessoas que, de outra forma, estariam engajadas em projetos diferentes.” (MOUFFE, **Citizenship** ..., *op. cit.*, p. 67).

³⁴⁴ “Os conflitos podem ser solucionados pela violência, força, negociação ou discurso. Para negociar e conduzir ao discurso, uma língua-comum deve ser falada”. (HELLER, Agnes. *Rights, modernity and democracy. Deconstruction and the Possibility of Justice. Cardozo Law Review*, v. 11, n. 5-6, p. 1389, jul./aug. 1990).

aqueles que não podem se comprometer com a democracia. Ressaltado isto, a comunidade política deve caminhar no sentido de tornar-se cada vez mais incluyente, **estendendo** os campos onde a convivência democrática é exercitada e **radicalizando** o respeito à diversidade e ao **pluralismo**.

Se a criação de uma língua comum não implica que o povo se expresse através de uma única e coerente voz, ela pressupõe a adesão crítico-reflexiva aos princípios políticos constitutivos da sociedade política, a saber, a liberdade e a igualdade. Reflexiva no sentido de que esta adesão implica na compreensão do sentido destes princípios dentro da prática institucional da comunidade e crítica no sentido de que esta adesão contém uma valoração implícita dos mesmos. Não vai haver uma leitura unânime das diversas possibilidades de sentido dos mesmos, bem como a relação entre estes princípios vai ser percebida de forma diferente pelos diversos atores sociais. O que é necessário, então, é a criação de uma forma de identidade coletiva, a qual pode ser resultante de uma leitura compartilhada do significado destes princípios ético-políticos que formam a base da comunidade. Esta identidade pode ser buscada através da criação e expansão de uma cadeia de equivalências entre as lutas e os direitos dos mais diversos grupos que se fazem representar na sociedade: trabalhadores, negros, gays, ecologistas e tantos outros.

Radicalizar a comunidade de princípios, onde os indivíduos se unem através de uma atitude fraternal e uma leitura compartilhada dos princípios políticos constitutivos da comunidade significa: a) a compreensão de que não existe uma base comum ou uma fundação comum na base do processo das identidades coletivas e que, na ausência desta, tais identidades serão sempre contingentes e sujeitas a novas formas de articulação e b) que os mecanismos de convivência democrática devem ser estendidos a áreas cada vez maiores do social, não se restringindo ao que tradicionalmente se entende por esfera pública.

Esta radicalização toma como pressuposto uma redefinição da fronteira existente entre o público e o privado. Esta redefinição não resulta na supressão desta fronteira mas exige que a mesma seja repensada. A postura liberal de enclausurar as paixões e os conflitos na esfera privada, tornando a esfera pública um espaço neutro de argumentação e produção de um consenso fruto da deliberação é substituída pela compreensão de que as paixões não se esgotam na vida privada, contaminando todas os níveis de convivência social.

Na ótica da democracia radical, para que a crise que atravessa a democracia liberal possa ser vencida, é necessário que o inimigo, sujeito de relações antagônicas, passe a ser visto como um adversário, numa perspectiva agonista. O adversário não é o inimigo a ser eliminado, mas o **outro**, cujas idéias e objetivos são diferentes, mas que tem o direito de se expressar e ser ouvido. A superação da figura do inimigo, com o surgimento do adversário, implica na reconciliação entre o “eu” e o “outro” (*self* e *other*). A política democrática deve buscar meios de promover tal reconciliação, tendo em mente que uma reconciliação final é impossível, mas que é necessário, de qualquer maneira, diminuir a distância que os separa.

No campo jurídico, uma interpretação e aplicação do direito comprometida com a justiça e a democracia deve buscar soluções que também objetivem diminuir o potencial dos antagonismos existentes na sociedade. A erradicação dos mesmos não é possível, mas é possível pensar que procedimentos adequados de prestação da tutela jurisdicional possam atenuá-los. Estes procedimentos variam em tempo e lugar, não sendo possível elencá-los de forma exhaustiva. Como coloca Cornell, talvez não seja realmente possível precisar o modo como os juízes devem proceder, sendo apenas possível indicar o que eles não devem fazer. E o que eles não devem fazer, com certeza, é recusar - sob o argumento de que estão cumprindo a lei - a responsabilidade que lhes cabe em efetivamente julgar e buscar a realização da justiça através da aplicação do direito. Assim, para que o direito possa servir efetivamente como instrumento de estabilização em uma sociedade democrática, é necessário que os direitos dos mais diversos grupos e indivíduos da sociedade sejam reconhecidos como equivalentes, e que cada decisão judicial contenha um julgamento, no sentido de que a generalidade da norma que lhe serve de base ceda lugar ao chamado singular da justiça.

CONCLUSÃO

O modelo político prevalecente no Ocidente - a democracia liberal - vive hoje um momento de crise, por mais paradoxal que isto possa parecer. Paradoxal porque, nos momentos que se seguiram à queda do Muro de Berlim, havia um sentimento quase que generalizado, na opinião pública e também na comunidade acadêmica, de que a democracia liberal havia vencido o fantasma do comunismo e de que a sua expansão para outros países era apenas uma questão de tempo. Autores como Francis Fukuyama chegaram a afirmar o fim da história, acreditando no caráter universal desta forma de governo. Decorrida mais de uma década, a universalização da democracia liberal não se tornou realidade. Ao contrário, esta passa hoje por vários questionamentos, de ordem política e filosófica, quanto à sua natureza e universabilidade.

Nesta mesma linha de raciocínio vem sendo observado que, após o colapso dos chamados “países de socialismo real”, a dicotomia esquerda/direita teria perdido sua razão de ser. Em livros como *Beyond Left and Right*, teóricos do porte de Anthony Giddens têm se mostrado a favor de uma nova forma de conceber a política, não mais pensada a partir desta dicotomia. A partir de uma idéia de centro radical (*radical centre*), temas proeminentes da agenda política atual vêm sendo tratados a partir de uma perspectiva denominada de realismo utópico (*utopian realism*)³⁴⁵. Esta postura toma como ponto de partida o caráter contingente da história e confere à noção de risco um papel central. Embora afirmando que aquela distinção vai continuar a ser bastante importante no campo da atividade política, principalmente na atividade político-partidária, a mesma já não se revestiria de um maior significado teórico. Entretanto, a negação desta distinção, ou o seu enfraquecimento, pode levar a um ocultamento das tensões que existem na comunidade, levando à idéia de um falso equilíbrio de “centro”. É

³⁴⁵ A este respeito conferir GIDDENS, Anthony. **Beyond left and right**. Cambridge : Polity Press, 1994. p. 247-253.

necessário o reconhecimento destas tensões para que as mesmas possam ser administrados democraticamente, sob pena de emergirem na sociedade meios não democráticos para a sua solução.

O termo radical - e democracia radical - vem sendo utilizado por diversos autores, cada um atribuindo-lhe um sentido diferente. Assim, Habermas fala em democracia radical, bem como Dworkin, e Giddens fala em política radical, pensando em uma política democrática e radical. Já Chantal Mouffe trabalha a noção de democracia radical a partir de diferentes perspectivas, conforme foi explicitado no Capítulo 4. O que estes autores têm em comum é uma profunda crença na democracia, ou no princípio democrático. Independentemente de acreditarem ou defenderem uma estrutura política, jurídica, econômica e social mais ou menos liberal ou mais ou menos socialista, une-os a percepção de que a democracia é imprescindível como possibilidade de que estas estruturas - ora mais à direita, ora mais à esquerda - não corram o risco de se fossilizarem, mas que estejam/sejam permanentemente questionadas e reinventadas. Ainda é um fator de convergência entre eles o fato de que as respostas demandadas pelos problemas experimentados pelas sociedades contemporâneas se encontram justamente neste movimento-possibilidade de se repensar a democracia liberal.

Como adequar os instrumentos de política democrática, e a concepção liberal de sociedade, à realidade mundial neste início de milênio? O agravamento da pobreza em mais e mais países (onde parcelas significativas da população vivem abaixo da chamada linha de pobreza), o aumento da distância que separa os países ricos dos países pobres, a desigualdade na distribuição de renda, o crescimento da intolerância étnica e religiosa em algumas regiões do mundo são compatíveis com a vivência democrática?

Não existem respostas perfeitamente acabadas para estas questões e este trabalho não teve como objetivo fornecê-las. A intenção que subjaz a esta conclusão não é a de fornecer respostas, e sim a de problematizar alguns tópicos que se tornaram recorrentes na elaboração do trabalho.

Tomando-se como pressuposto que nem a democracia, nem o direito possuem o que se poderia chamar de **uma resposta certa** para as questões que os envolvem, demonstrou-se que a indeterminação de sentido e a diversificação, características das sociedades contemporâneas, impedem a obtenção de um consenso racional quanto aos meios e fins que devem significar a ação política,

bem como a aceitação incondicional de teorias de cunho universalizador. Porém, se a abertura é inevitável, ela não pode ser absoluta, sob pena de instaurar-se o caos: um certo fechamento de sentido é necessário, ainda que este seja sempre parcial e provisório. Partindo desta premissa, este trabalho analisou o estágio atual acerca da problemática da democracia, aprofundando esta análise na teoria da democracia radical - na forma pela qual esta vem sendo desenvolvida por Chantal Mouffe, principalmente - por se acreditar que esta teoria permite superar teoricamente algumas das limitações das teorias da democracia agregativa e deliberativa, abrindo novas perspectivas teóricas no campo da filosofia política e sem nenhuma intenção universalizante ou totalizadora. Ao mesmo tempo, a compreensão de que a interdisciplinariedade é inevitável e indispensável - quando o que se quer é a produção de uma análise de perfil mais amplo - levou ao entrelaçamento de questões políticas e jurídicas. O direito, por meio da regulamentação de condutas e da solução de conflitos, é um importante instrumento de redução da complexidade das sociedades atuais, além de servir para a materialização de direitos, sendo esta última função um importante instrumento para que este possa levar à emancipação do indivíduo. A compreensão da importância do papel do direito nas sociedades complexas levou à necessidade de se repensar a questão da interpretação e aplicação do direito, no sentido da visualização de novas possibilidades teóricas que efetivamente possam fazer do direito um instrumento na busca de uma sociedade radicalmente democrática.

Quase dois mil anos separam a democracia ateniense do advento da democracia moderna, articulada na união entre o liberalismo e a democracia. Embora a democracia preceda o liberalismo, na Idade Moderna este precede aquela e lhe dá suas características fundamentais, podendo ser dito que a democracia moderna está definida e estruturada nos moldes do pensamento liberal. Se para os gregos a comunidade era o ponto de partida para a compreensão e constituição do indivíduo, bem como este era definido por aquela, o liberalismo toma o indivíduo como ponto de partida, adotando uma postura nitidamente instrumental em relação à comunidade. Enquanto os gregos experimentavam a democracia, centrada na idéia de liberdade dos antigos e participação ativa nos negócios da *polis*, a democracia moderna se caracteriza por uma adesão quase que irrestrita ao chamado governo representativo (embora

a este venham se agregando instrumentos de democracia participativa, e ressalvada um certo reavivamento das chamadas teorias de democracia direta neste final de século). Neste modelo de democracia, os indivíduos são entendidos como seres capazes de produzir escolhas racionais e de se conduzir orientados a determinados fins. Esta escolha dos meios e dos fins deve ser deixada a cada um, e nenhum conteúdo ou juízo moral é concebido como preponderante. Na articulação deste conceito os elementos democrático e liberal têm significados distintos, representando forças que se encontram em tensão: o elemento democrático reclamando a formação de laços de identificação, com vistas à delimitação do conceito de povo, enquanto o elemento liberal reclama o respeito ao pluralismo, e a autonomização do indivíduo.

É este modelo de democracia que vem sendo questionado e repensado nas mais diversas matrizes teóricas. A chamada teoria da democracia agregativa pretende realizar uma análise puramente descritiva da democracia, sem a intenção de realizar qualquer julgamento de valor. Em que medida tal análise é possível é algo que se pode questionar. Essa teoria se concentra na análise dos interesses que levam os indivíduos a atuar, tomando o “cidadão comum” como alguém que age somente para o atendimento dos próprios interesses, e concebendo a democracia como a melhor forma de agregar esses interesses. A partir de uma rígida separação entre a esfera pública e privada, o principal expoente dessa teoria, Schumpeter, nega a possibilidade de o indivíduo comum envolver-se com a gestão da coisa pública, devido à sua total incapacidade para um manejo racional dos problemas envolvidos nesta esfera. A leitura que essa teoria faz da democracia concebe-a como um método para a tomada de decisões na esfera pública, desprovida de qualquer conteúdo moral ou julgamento de valor.

Partindo da crítica ao modelo agregativo, a chamada teoria da democracia deliberativa busca resgatar o componente moral do liberalismo, através do fortalecimento do vínculo entre os valores liberais e o ideal democrático. Seu pressuposto é o de que procedimentos adequados de deliberação tornariam possível a obtenção de um acordo que pudesse satisfazer ao mesmo tempo os ideais de legitimidade e de racionalidade que o aprofundamento da democracia exige. Atribuindo um papel preponderante à razão, esta teoria deixa de levar em conta o papel que os interesses e as paixões exercem como motivações para os indivíduos atuarem. A contingência e o pluralismo, embora reconhecidos e

valorados, são subestimados, em prol da formação de um consenso quanto a procedimentos. Ao fazê-lo, esta matriz realiza uma nítida clivagem entre a esfera pública e a esfera privada, relegando o pluralismo à esfera privada e tomando a esfera pública como espaço onde os cidadãos, seres livres, iguais e racionais, encontram-se para deliberar acerca das questões que envolvem a comunidade.

Partindo de uma crítica a estas duas vertentes do pensamento democrático, a democracia radical pretende repensar a própria democracia liberal, no sentido de resgatar seus princípios políticos constitutivos - liberdade e igualdade - e analisar de que forma a mesma pode vir a fazer frente aos problemas que se colocam no presente. Esta matriz teórica não somente reconhece a existência do pluralismo, e a impossibilidade de que o mesmo possa ser eliminado, como acredita que o mesmo deve ser reconhecido como um valor em si mesmo. Reconhecendo a contingência, a indeterminação de sentido e a abertura como características marcantes das sociedades contemporâneas, a democracia radical recusa quaisquer concepções teóricas que tentem reduzir as identidades coletivas a uma base pré-determinada ou naturalista. Concebendo a identidade dos diversos atores e grupos sociais como sendo o resultado do entrelaçamento das várias posições de sujeitos que estes ocupam na sociedade, tal matriz aponta a importância do reconhecimento da diferença e da criação de identidades coletivas em torno de objetivos comuns, assumindo o conflito como inerradicável da arena política. Estas identidades, consubstanciadas na idéia da formação de uma lógica da equivalência das lutas democráticas, permitiriam a formação de laços de solidariedade social capazes de viabilizar a formação do consenso mínimo requerido pela vida em comunidade. Este consenso será sempre parcial e provisório, sujeito a novas articulações de sentido. É justamente nesta necessidade de fechamento que o papel do direito se destaca, revelando a importância e necessidade de uma análise interdisciplinar.

A partir da idéia de que o direito pode atuar no sentido de buscar o fechamento de sentido necessário à experimentação da democracia, surge a necessidade de refletir acerca de como isto pode ser realizado ou, no mínimo, visualizado no plano teórico. Este *como* leva a reflexões no campo da interpretação e aplicação do direito. O direito, dadas suas características internas, nem sempre é imediatamente sensível às demandas sociais, muitas vezes demorando a incorporar - na forma de novas regras jurídicas - as transformações

produzidas no campo social. Desta forma, para que o ordenamento jurídico possa ter um papel relevante na consolidação da democracia, é necessário um tipo de interpretação jurídica sensível a estas transformações.

Dentro do pressuposto de que o jusnaturalismo não fornece instrumental teórico apto a pensar a realidade contemporânea, a análise centrou-se no positivismo jurídico (através da análise do pensamento de dois dos seus maiores expontes, Kelsen e Hart) e no pensamento hermenêutico-crítico, centrado no pensamento de Dworkin.

Tendo em vista a fragmentação do social em múltiplas possibilidades significativas, o positivismo jurídico tenta encontrar um propósito e um sentido único dentro desta multiplicidade. O indivíduo/sujeito é visto em separado do ordenamento, ao mesmo tempo em que questões de legitimidade e obediência são consideradas questões independentes (ainda que em Kelsen o ordenamento necessite ser minimamente observado para ser considerado válido e que, em Hart, o problema da observância da norma jurídica seja ressaltado na análise que este faz do ponto de vista interno e externo sobre as normas).

No tocante à interpretação e aplicação do direito, Kelsen vislumbra a atividade interpretativa do juiz como a descoberta dos vários sentidos possíveis das normas jurídicas, sendo estas possibilidades uma espécie de moldura, dentro da qual deveria dar-se a produção da decisão judicial. Porém, neste autor não se admite qualquer possibilidade de justificação supra-positiva. Desta forma, o direito pode eficazmente servir como um instrumento de controle social, mas frustra qualquer tentativa no sentido de promover transformações.

A possibilidade de o juiz criar direito é aceita de maneira geral pelo positivismo jurídico, especialmente por Hart. A discricionariedade judicial, expressamente admitida por este (ainda que de forma intersticial, ou seja, nas lacunas do ordenamento), sofreria algumas limitações de ordem formal e material. Porém, mesmo considerando estes limites, permanece a indagação de como conciliar esta discricionariedade com o grau de certeza requerido das decisões jurídicas.

Criticando as correntes denominadas pragmatismo e convencionalismo, aquela como uma versão atualizada do utilitarismo e esta como uma versão atualizada do positivismo, Dworkin também realiza uma crítica ao positivismo, principalmente através da crítica que faz a Hart e à sua admissão do poder

discrecionário dos tribunais. A teoria de Dworkin está centrada na noção de integridade. Esta, para ele, significa consistência e coerência, e pode ser percebida no tocante ao processo de elaboração das leis e também no tocante à construção das decisões judiciais. Mais do que um ideal a ser realizado no campo do direito, a integridade representa um tipo de **atitude** a ser vivenciada pelo que ele chama de comunidade de princípios. Esta atitude implica na idéia da comunidade falando através da lei como uma única e coerente voz, a qual pode garantir o *status* de igualdade de todos os membros da comunidade política. Esta idéia pressupõe um consenso forte o suficiente para produzir tal identificação, ao mesmo tempo em que a autonomia individual é respeitada, atendendo ao valor pluralismo. A maneira como o equilíbrio entre identificação e autonomização pode ser encontrado é algo que não fica claro. Ao mesmo tempo, a insistência de Dworkin na existência de **uma resposta certa, interna** ao ordenamento jurídico, é incompatível com a sua própria idéia de interpretação construtiva. Não existe maneira de tornar preciso o que seja a resposta certa, e qualquer resposta significa apenas uma escolha significativa entre tantas possíveis.

A democracia radical pressupõe um contínuo caminhar em direção à democracia, no sentido de concebê-la como *démocracie à-venir*. A democracia possível é sempre uma democracia futura, tendo em vista que o momento da sua realização implicaria na sua desintegração, uma vez que a mesma já não mais faria sentido. O conflito e o antagonismo, no dizer de Mouffe, são as condições de possibilidade e impossibilidade da realização da democracia.

Se o direito deve ser um dos instrumentos para buscar a efetivação da democracia, nos moldes da democracia radical, a sua interpretação deve ser capaz de, captando a abertura e a indeterminação típicos da contemporaneidade, fornecer respostas que não objetivem um total fechamento. Ao contrário, as respostas encontradas devem ser concebidas como momentos de estabilização, não totais e não definitivos. Também é necessário que esta interpretação possa cumprir a difícil tarefa de (re)conciliar a generalidade da lei com a singularidade exigida pela justiça.

A visualização do caráter aporético da justiça, bem como a compreensão de que a mesma é algo que estará sempre por ser alcançado, permite pensar tal reconciliação. A tese da responsabilidade judicial, captando este caráter

irrealizável mas ao mesmo tempo **obrigatório** da justiça, permite pensar em um tipo de construção das decisões judiciais efetivamente comprometido com a democracia. O juiz deve assumir a responsabilidade pelo ato de julgar, descobrindo e reinventando a norma ao mesmo tempo, de maneira que a decisão tente satisfazer ao chamado singular da justiça. Paralelamente, a tese da equivalência dos direitos - no plano jurídico - pode se unir à tese da equivalência das lutas democráticas - na arena política, ajudando a incrementar os laços de coesão e solidariedade necessários à vivência democrática. Ao mesmo tempo, pensar os direitos e lutas como sendo equivalentes é continuamente reafirmar o pluralismo e a diferença, reconhecendo a possibilidade do conflito e concebendo a democracia como uma forma de organização da sociedade, e não somente forma de governo. A gramática do jogo democrático implica no conhecimento das regras constitutivas de sentido da comunidade. Esta leitura e este aprendizado das regras só podem ser feitos a partir de uma determinada tradição, com a ajuda dos conceitos que esta tradição faculta. Da mesma forma, legítimo e ilegítimo, justo e injusto serão sempre peculiares a esta tradição, contextualizados histórica e socialmente. São estes fatores que permitem pensar o homem inserido na sua história e é somente a partir dela que o mundo se dá a conhecer.

Se a integridade em Dworkin não é suficiente para cumprir o papel que ele lhe reserva, ainda assim esta noção é fundamental para guiar a noção de interpretação jurídica. Não uma interpretação direcionada à obtenção da resposta certa, mas uma interpretação comprometida com a busca da justiça e o caráter aberto, intangível desta. Nesta ótica, os princípios funcionariam não como portadores de sentidos únicos e decisivos, mas como luzes que servem de orientação à atividade do julgador. A consistência e a coerência requeridos pela integridade vão resultar na coerência entre os fins da ação política e jurídica e nos meios adequados à sua realização.

Diante de tudo que foi exposto, restam duas questões em aberto.

A primeira: como é possível descobrir caminhos na interpretação jurídica que, de uma maneira consistente, objetivem a realização da justiça, enquanto ao mesmo tempo se sustenta que a mesma é inalcançável? A mesma pergunta pode ser levada à esfera política: como viabilizar a democracia, adotando-se como premissa a idéia de que esta sempre será uma democracia futura?

No campo do direito, a perspectiva da desconstrução quanto à justiça permite pensar a mesma como irrealizável no presente, mas sempre se constituindo como exigência ética. Desconstruir a justiça pode levar à possibilidade da sua reconstrução, agora no campo do direito, e não no campo apenas filosófico. E esta reconstrução dos critérios e instrumentos jurídicos disponíveis à realização da justiça pode significar um avanço para a sua consecução. Se é impossível a obtenção abrangente da justiça, é possível buscá-la e, talvez, realizá-la no particular, parcial e provisoriamente.

Na esfera política, a mesma resposta pode ser encontrada. A impossibilidade de um consenso total, de um acordo final importa no aprofundamento da democracia, e não na sua negação. Aperfeiçoar os instrumentos de participação política e de decisão política, bem como procurar caminhos que permitam o fortalecimento dos vínculos sociais, é caminhar em direção ao inalcançável - a democracia - mas é este caminhar que lhe dá significado, na compreensão de que a mesma exige invenção e reinvenção constantes, sendo algo dinâmico e jamais estático. A política existe porque existe sempre a necessidade da tomada de decisões, porque o **político** é marcado pelo conflito e pelo antagonismo. A estabilidade perfeita e duradoura seria a própria negação do político e da política e, em consequência, da própria democracia.

A segunda questão que resta em aberto é quanto à possível contribuição deste trabalho de construção, desconstrução e reconstrução teórica, no campo da democracia e do direito, para uma análise da realidade brasileira. Antes de mais nada, vale ressaltar que o trabalho realizado não teve como intenção fornecer nenhum tipo de **agenda política** para o Brasil ou outros países. A análise produzida teve por objetivo principal buscar novos horizontes no estudo da democracia, pensando em como a mesma pode ser tomada como modelo de organização social neste limiar do terceiro milênio.

No campo do direito, a referência teórica veio do sistema do *common-law*, onde o processo de construção da decisão judicial é bastante diferente daquele experimentado pelos países de tradição romano-germânica, como é o caso do Brasil. Porém, pensar a responsabilidade judicial dos juízes para com a realização da justiça, refletir sobre a equivalência de direitos das mais diversas ordens e compreender a justiça a partir do seu caráter aporético não é algo que só possa ser visualizado na experiência do *common-law*.

É claro que o papel da jurisprudência, ou seja, das decisões dos tribunais, é muito mais restrito no Brasil do que aquele desempenhado pelos precedentes no eixo anglo-saxão. No sistema que aqui é adotado, o juiz goza de muito menos liberdade e está muito mais adstrito aos elementos probatórios constantes dos autos. Mas, ainda assim, a própria legislação reconhece a livre convicção do juiz (art. 131 do Código de Processo Civil); o recurso à analogia, aos costumes e aos princípios gerais do direito quando a lei for omissa (art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, Lei nº 4.657/42) e o imperativo do juiz julgar de maneira a atender aos fins sociais das normas jurídicas e às exigências do bem comum (art. 5º do mesmo diploma legal), entre outras disposições que poderiam ser mencionadas. A partir disto já se vislumbra o alcance teórico do trabalho realizado também à realidade brasileira.

Não existem caminhos precisos, pré-estabelecidos, acerca de como obter o equilíbrio entre a identificação e a coesão requeridos pela democracia, e a autonomização do indivíduo e respeito às diferenças exigidos pelo pluralismo liberal. Este equilíbrio jamais vai ser perfeito ou estável, estando sempre sujeito a novas articulações. Também a relação entre os princípios da igualdade e da liberdade sempre vai implicar em tensão, a qual vai gerar acomodações provisórias. No direito, não existe a possibilidade de estabelecer **um método, um procedimento** correto para a tomada de decisão, o qual seja capaz de levar sempre à decisões justas. Ao contrário, se isto fosse possível, o juiz não seria mais do que uma máquina de calcular, desprovido de qualquer liberdade e compromisso com a justiça. Sendo infinitas as possibilidades de sentido, não é possível a sua redução a uma solução final. O direito pode servir como instrumento para a democracia no momento em que produz decisões que se revistam de um certo grau de certeza e determinação, gerando a segurança requerida pela sociedade. Mas o compromisso com a justiça implica na consciência de que é sempre necessário descobrir e reinventar o direito ao mesmo tempo, num movimento infinito de significações. Por fim, a constatação de que a justiça e a democracia não são realizáveis no presente, restando sempre como algo a se realizar, não pode significar a recusa em se assumir a responsabilidade para buscar esta sua impossível concretização: "Undecidability in no way alleviates responsibility. The opposite is the case. We cannot be excused from our own role in history because we could not know so as to be

reassured that we were "right" in advance." ³⁴⁶ O indecível não exime da decisão e menos ainda da responsabilidade pela decisão.

³⁴⁶ "A indecidibilidade de forma alguma exime a responsabilidade. O contrário sim. Nós não podemos ser eximidos do nosso papel na história porque não poderíamos saber - de forma a nos tranquilizarmos - que antecipadamente estávamos certos". (CORNELL, **The Philosophy...**, *op. cit.*, p. 169).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDERSON, Perry. **Passages from antiquity to feudalism**. London : Verso, 1978.

ANGLO, Sydney. **Machiavelli**. London : Granada, 1969.

ARENDT, Hannah. **A dignidade da política**. (coletânea organizada por Antonio Abranches). Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1993.

_____. **Entre o passado e o futuro**. São Paulo: Perspectiva, 1997.

ARISTÓTELES. **The politics**. Harmondsworth : Penguin Books, 1962.

AUDEN, W.H. **Collected poems**. London : Faber & Faber, 1976.

AUSTIN, John. **The province of jurisprudence determined**. Cambridge : Cambridge University Press, 1985.

AUSTIN, John Langshaw. **Quando dizer é fazer : palavras e ações**. Porto Alegre: Artes Médicas, 1990.

BARRY, Norman P. **An introduction to modern political theory**. London: The MacMillan Press, 1995.

BEARDSWORTH, Richard. **Derrida and the political**. London : Routledge, 1996.

BENHABIB, Seyla. Critical theory and postmodernism : on the interplay of ethics, aesthetics and utopia in critical theory. **Deconstruction and the Possibility of Justice**. *Cardozo Law Review*, v. 11, n. 5-6, p. 1435-1448, july/aug. 1990.

_____. Deliberative Rationality and Models of Democratic Legitimacy. **Constellations**, Cambridge, v. 1, n. 1, p. 26-52, 1994.

_____. (ed.). **Democracy and difference**. Contesting the Boundaries of the Political. Princeton : Princeton University Press, 1996.

BENTHAM, Jeremy. **An introduction to the principles of morals and legislation**. Oxford : Blackwell, 1967.

BERLIN, Isaiah. **Four essays on liberty**. Oxford : Oxford University Press, 1969.

BLUMENBERG, Hans. **The legitimacy of modern age**. Cambridge : MIT Press, 1983.

- BOBBIO, Norberto *et al.* **Dicionário de Política**. Brasília : Ed. da UnB, 1986.
- _____. **Liberalismo e democracia**. São Paulo : Brasiliense, 1988.
- _____. **Igualdade e liberdade**. Rio de Janeiro : Ediouro, 1996.
- BODENHEIMER, Edgar. Hart, Dworkin and the problem of judicial lawmaking discretion. **Georgia Law Review**, Athens, v. 11, n. 5, p. 1143-1172, set. 1977.
- BRUDNER, Alan. Toward Objectivity in Legal Interpretation. **Deconstruction and the Possibility of Justice. Cardozo Law Review**, v.11, n. 5-6, p. 1133-1210, july/aug. 1990.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Direito e democracia**. São Paulo : Max Limonad, 1997.
- CARTER, A. ; STOKES, G. (Eds). **Liberal democracy and its critics**. Cambridge : Polity Press, 1998.
- CHASE, Cynthia. Deconstruction as the possibility of justice: the critical function of the concept of democracy. **Deconstruction and the Possibility of Justice. Cardozo Law Review**, v. 11, n. 5-6, p. 1719-1722, july/aug. 1990.
- CHUEIRI, Vera Karam de. **Filosofia do Direito e modernidade**. Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos. Curitiba : JM Editora, 1995.
- _____. **Philosophy, law and literature: crisscrossings and interweavings**. New York, 2000. Thesis (M.A.) - Department of Philosophy, Graduate Faculty of Political and Social Sciences, New School for Social Research.
- CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2000.
- COHEN, Joshua. Procedure and substance in deliberative democracy. In: BENHABIB, Seyla (Ed.). **Democracy and difference : Contesting the Boundaries of the Political**. Princeton : Princeton University Press, 1996.
- CONNOLLY, William E. Twilight of the idols. **Philosophy & Social Criticism**, v. 21, n. 3, p. 127-137, 1995.
- CONSTANT, Benjamin. **Liberty of the ancients compared with that of the moderns (political writings)**. Cambridge : Cambridge University Press, 1988.
- COPENHAVER, Brian P. ; SCHITT, Charles B. **Renaissance philosophy. A History of Western Philosophy: 3**. Oxford : Oxford University Press, 1992.
- CORNELL, Drucilla. From the lighthouse : the promise of redemption and the possibility of legal interpretation. **Deconstruction and the Possibility of Justice. Cardozo Law Review**, v. 11, n. 5-6, p. 1687-1714, july/aug. 1990.

CORNELL, Drucilla. The violence of the Masquerade : law dressed up as justice. **Deconstruction and the Possibility of Justice. Cardozo Law Review**, v. 11, n. 5-6, p. 1047-1064, july/aug. 1990.

_____. **The philosophy of the limit.** New York : Routledge, 1992.

_____. **Beyond accommodation** : ethical feminism, deconstruction, and the law. Lanham : Rowman & Littlefield, 1999.

CRITCHLEY, Simon. **The ethics of deconstruction** : Derrida and Levinas. Oxford : Blackwell, 1992.

_____. Derrida: private Ironist or public liberal? In: MOUFFE, Chantal (Ed.). **Deconstruction and pragmatism.** London : Routledge, 1997.

DAHL, ROBERT A. **Democracy and its critics.** New Haven : Yale University Press, 1989.

DERRIDA, Jacques. Force de loi: le "fondement mystique de l'autorité". **Deconstruction and the Possibility of Justice. Cardozo Law Review**, v. 11, n. 5-6, p. 919-1046, july/aug. 1990.

_____. Remarks on deconstruction and pragmatism. In: MOUFFE, Chantal (Ed.). **Deconstruction and pragmatism.** London : Routledge, 1996.

_____. **Politics of friendship.** London : Verso, 1997.

DOWNS, Antony. **An economic theory of democracy.** New York : Harper and Brothers, 1957.

DUNN, John. **The political thought of John Locke.** An historical account of the argument of the "Two Treatises of Government". Cambridge : Cambridge University Press, 1969.

DWORKIN, Ronald. Does law have a function? A comment on the two level of theory of decision. **Yale Law Journal**, n. 74, p. 640-651, 1965.

_____. **Taking rights seriously.** Cambridge : Harvard University Press, 1977.

_____. Principle, policy, procedure. In: **Crime, proof and punishment:** essay in memory of Sir Rupert Cross. London : Butterworths, 1981. p. 193-225.

_____. **A matter of principle.** Cambridge : Harvard University Press, 1985.

_____. Equality, democracy and constitution : we the people in court. **Alberta Law Review**, n. 28, p. 324, 1990.

_____. **Freedom's law.** The moral reading of the American Constitution. Cambridge : Harvard University Press, 1996.

DWORKIN, Ronald. **Law's empire**. Oxford : Hart Publishers, 1998.

_____. **The sovereign virtue** : the theory and practice of equality. Cambridge : Harvard University Press, 2000.

DYZENHAUS, David. **Legality and legitimacy**. Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar. Oxford : Oxford University Press, 1997.

_____. (Ed.). **Law as politics**. Carl Schmitt's Critique of Liberalism. Durham : Duke University Press, 1998.

EISGRUBER, Christopher. Judicial review as a democratic institution. Paper apresentado na New York University, The Program for the Study of Law, Philosophy & Social Theory, fall 1999. Inédito.

ELSTER, Jon (Ed.). **Deliberative democracy**. Cambridge : Cambridge University Press, 1998.

FINLEY, M.I. **The use and abuse of history**. London : Chatto and Windus, 1975.

FINNIS, John. On reason and authority in law's empire. **Law and Philosophy**, n. 6, p. 357-380, 1987.

FISH, Stanley. **Doing what comes naturally**. Change, rethoric, and the practice of theory in literary and legal studies. Oxford : Clarendon Press, 1989.

_____. **There's no such thing as free speech**. And it is a good thing too. Oxford : Oxford University Press, 1994.

_____. **Professional correctness**. Literary studies and political change. Cambridge : Harvard University Press, 1995.

FLATHMAN, Richard E. **Thomas Hobbes** : skepticism, individuality and chastened politics. Modernity and political thought. Newbury Park : Sage, 1993. v. 2

GIANOTTI, José Arthur. Habermas : mão e contramão. In: ROHDEN, Valério (Coord.). **Racionalidade e ação**. Porto Alegre : Ed. da Universidade, 1992.

GIDDENS, Anthony. **Beyond left and right**. Cambridge : Polity Press, 1994.

_____. **A terceira via**. Reflexões sobre o impasse político atual e o futuro da social-democracia. Rio de Janeiro : Record, 2000.

_____. **Mundo em descontrole**. O que a globalização está fazendo de nós. Rio de Janeiro : Record, 2000.

_____. ; HELD, David. **Classes, power, and conflict** : classical and contemporary debates. Berkeley : University of California Press, 1982.

- GOLDSMITH, M.M. **Hobbes's science of politics**. New York : Columbia University Press, 1966.
- GRAY, John. **Berlin**. London : Fontana Press, 1995.
- GUEST, Stephen (Ed.). **Positivism today**. Aldershot, England : Dartmouth, 1996.
- GUTMAN, Amy ; THOMPSON, Dennis. **Democracy and disagreement**. Why moral conflict cannot be avoided in politics, and what should be done about it. Cambridge : Harvard University Press, 1996.
- HABERMAS, Jürgen. **Between facts and norms**. Contributions to a discourse theory of law and democracy. Cambridge : The MIT Press, 1996.
- _____. Paradigms of law. In: ROSENFELD, M. ; ARATO, Andrew (Orgs.). **Habermas on law and democracy** : critical exchange. Berkeley : California University Press, 1998.
- _____. Three normative models of democracy. In: BENHABIB, Seyla (Ed.). **Democracy and difference**. Contesting the boundaries of the political. Princeton : Princeton University Press, 1996. p. 23-24
- HALLER, Rudolph. **Wittgenstein e a filosofia austríaca** : questões. São Paulo : EDUSP, 1990.
- HAMPTON, Jean. **Hobbes and the social contract tradition**. Cambridge : Cambridge University Press, 1986.
- HART, H.L.A. **Derecho y moral**. Contribuciones a su análisis. Buenos Aires : Depalma, 1962.
- _____. Obbligazione Morale e Obbligazione Giuridica. **Contributi all'analisi del diritto**. Milão : Giuffrè, 1964.
- _____. **The concept of law**. Oxford : Clarendon Press, 1975.
- _____. **Essays on Bentham**. Oxford : Clarendon Press, 1982.
- _____. **Essays in jurisprudence and philosophy**. Oxford : Clarendon Press, 1983.
- _____. **Direito, liberdade, moralidade**. Porto Alegre : Sérgio Antonio Fabris, 1987.
- HELD, David. **Political theory and the modern state**. Cambridge : Polity Press, 1989.
- _____. (Ed.). **Prospects for democracy**. North, South, East, West. Cambridge : Polity Press, 1993.

HELD, David. **Models of democracy**. Cambridge, England : Ed. Polity Press, 1996.

HELLER, Agnes. Rights, modernity and democracy. **Deconstruction and the Possibility of Justice. Cardozo Law Review**, v. 11, n. 5-6, p. 1377-1392, july/aug. 1990.

HOBBS, Thomas. **Leviathan**. London : Penguin Books, 1968.

HÖFFE, Otfried. **Justiça política**. Fundamentação de uma filosofia crítica do Direito e do Estado. Petrópolis : Vozes, 1991.

JACOBSON, Arthur J. The idolatry of rules: writing law according to Moses, with reference to other jurisprudences. **Deconstruction and the Possibility of Justice. Cardozo Law Review**, v. 11, n. 5-6, 1079-1132, july/aug. 1990.

KAFKA, Franz. Sobre a questão das leis. **Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, n. 37, p. 232-235, nov./1993.

KEENAN, Alan Joyce. **The democratic question** : on the rule of the people and the paradoxes of political freedom. Maryland, 1995. Tese (PhD em Filosofia) - Johns Hopkins University.

KEENAN, Thomas. Deconstruction and the Possibility of Justice. **Deconstruction and the Possibility of Justice. Cardozo Law Review**, v. 11, n. 5-6, p. 1675-1686, july/aug. 1990.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. 5. ed. Coimbra : Armênio Amado, 1979.

_____. **Teoria geral do Direito e das normas**. São Paulo : Martins Fontes, 1990.

KORNHAUSER, Lewis. The normativity of law & excerpt from "Three Roles for a Theory of Behavior in a Theory of Law." Paper apresentado na New York University, The Program for the Study of Law. **Philosophy & Social Theory**, fall 1999.

KOZICKI, Katya. **H.L.A. Hart** : a hermenêutica como via de acesso para uma significação interdisciplinar do Direito. Florianópolis, 1993. Dissertação (Mestrado em Filosofia do Estado e do Direito) – UFSC.

_____. O positivismo jurídico de Hart e a perspectiva hermenêutica do direito. In: ROCHA, Leonel Servero (Org.) **Paradoxos da auto-observação**. Percursos da teoria jurídica contemporânea. Curitiba : JM Editora, 1997. p. 127-149.

KUHN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas**. São Paulo : Perspectiva, [19--].

LACLAU, Ernesto. **Emancipation(s)**. London : Verso, 1996.

LACLAU, Ernesto ; MOUFFE, C. **Hegemony & socialist strategy**. Towards a radical democratic politics. London : Verso, 1985.

LAMEGO, José. **Hermenêutica e jurisprudência**. Lisboa : Fragmentos, 1990.

LARMORE, Charles. Political liberalism. **Political Theory**, Newbury Park, v. 18, n. 3, p. 339-360, August 1990.

LEFORT, Claude. **L'Invention démocratique**. Les limites de la domination totalitaire. Paris : Fayard, 1981.

_____. **Political forms of modern society** : bureaucracy, democracy, totalitarianism. Cambridge : MIT Press, 1986

_____. **Democracy and political theory**. Minneapolis : University of Minneapolis Press, 1988.

_____. **As formas da história**. Ensaios de Antropologia Política. São Paulo : Brasiliense, 1990.

_____. **Pensando o político**. Ensaios sobre democracia, revolução e liberdade. Rio de Janeiro : Paz e Terra, 1991.

LENOBLE, Jacques. La théorie de la cohérence narrative en droit. **Archives de Philosophie du Droit**, v. 33, p. 122-139, 1988.

LEVINAS, Emmanuel. **Totalité et infini**. Paris : Livre de Poche, 1990.

LIVELY, J. **Democracy**. Oxford, England, 1975.

LOCKE, John. **Two treatises of government**. Cambridge : Cambridge University Press, 1960.

LYONS, David. **As regras morais e a ética**. Campinas : Papirus, 1990.

LYOTARD, Jean-François. **Le différend**. Paris : Les Éd. de Minuit, 1983.

MACHIARELLI. **The discourses**. Suffolk : Penguin Books, 1970.

_____. **Selected political writings**. Indianapolis : Hackett, 1994.

MacCORMICK, Neil. Reglas sociales. **H.L.A. Hart y el concepto de derecho**. **Revista de Ciencias Sociales**, n. 28. Valparaíso: Universidad de Valparaíso, p. 297-319, 1986.

_____. **Derecho legal y socialdemocracia**. Ensayos sobre filosofía jurídica y política. Madrid: Tecnos, 1990.

MacCORMICK, Neil; WEINBERGER, Ota. **Pour une théorie institutionnelle du droit**. Nouvelles approches du positivisme juridique. Bruxelles: E. Story-Scientia, 1992.

MACPHERSON, C.B. **The life and times of liberal democracy**. Oxford : Oxford University Press, 1977.

MANENT, Pierre. **Histoire intellectuelle du libéralisme**. Dix Leçons. Paris : Calmann-Lévy, 1987.

MANIN, Bernard. **The principles of representative government**. Cambridge : Cambridge University Press, 1997.

MARMOR, Andrei. **Interpretation and legal theory**. Oxford: Clarendon Press, 1992.

MILL, John Stuart. **Utilitarianism, on liberty, representative government**. London : J.M. Dent & Sons, 1972.

_____. **On liberty**. London : Penguin Books, 1974.

MONTESQUIEU. **The spirit of the laws**. New York : Hafner Press, 1949.

MORRISON, Wayne. **Jurisprudence** : from the greeks to post-modernism. London : Cavendish, 1997.

MOUFFE, Chantal. Rawls : political philosophy without politics. **Philosophy & Social Criticism**, London, v. 13, n. 2, p. 105-123, 1987.

_____. (Ed.). **Dimensions of radical democracy**. Pluralism, Citizenship, Community. London : Verso, 1992.

_____. **The return of the political**. London : Verso, 1993.

_____. The end of politics and the rise of the radical right. **Dissent.**, New York, p. 498-502, fall 1995.

_____. Movilizar las pasiones democráticas. **Semanário de Política y Cultura**, México, n. 190, p. 21-27, sep. 1996.

_____. Carl Schmitt and the Paradox of Liberal Democracy. **The Canadian Journal of Law & Jurisprudence**, Montreal, v. 10, n 1, p. 21-33, 1997.

_____. Decision, deliberation, and the democratic ethos. **Philosophy Today**, London, p. 24-79, spring 1997.

_____. (Ed.). **Deconstruction and pragmatism**. London : Routledge, 1997.

_____. Démocratie et libéralisme politique: est-il possible de les concilier? **Questions au Libéralisme**, Bruxelles, p. 15-26, 1998.

MOUFFE, Chantal. **The radical centre**. A politics without adversary. Paper entregue em sala de aula, disciplina The State, Politics and Violence. Centre for the Study of Democracy-University of Westminster, London, fall 1998.

_____. **Wittgenstein**: political theory and democracy. Paper entregue em seminário no Centre for the Study of Democracy, University of Westminster, London, november/1999.

_____. (Ed.) **The challenge of Carl Schmitt**. London : Verso: 1999.

_____. Deliberative democracy or agonistic pluralism? **The New School Graduate Faculty Review**, New York, v. 66, p. 745-754, fall 1999.

_____. **The political and the juridical**. Paper entregue em seminário no Centre for the Study of Democracy-University of Westminster, London, spring 1999.

_____. For an agonistic model of democracy. In: O'SULLIVAN, Noel (Ed.). **Political theory in transition**. London : University College London, 2000.

_____. **The democratic paradox**. London : Verso, 2000.

NAGEL, Thomas. Extracts from *Justice in Taxation*. Paper apresentado na New York University, The Program for the Study of Law. **Philosophy & Social Theory**, fall 1999. Inédito.

OAKESHOTT, Michael. **Hobbes on civil association**. Oxford : Basil-Blackwell, 1975.

OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades. **Bobbio e a filosofia dos juristas**. Porto Alegre : Sérgio Antonio Fabris, 1994.

_____. **Teoria jurídica e novos direitos**. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2000.

POCOCK, J.G.A. **The Machiavellian moment**. Florentine Political Thought and the Atlantic Republican Tradition. Princeton : Princeton University Press, 1975.

RAWLS, John. **A theory of justice**. Cambridge : Harvard University Press, 1971.

_____. **Political liberalism**. New York : Columbia University Press, 1993.

RAZ, Joseph. H.L.A. HART y el concepto de derecho. **Revista de Ciencias Sociales**, Valparaíso, n. 28, p. 17-31, 1986.

_____. **The morality of Freedom**. Oxford : Clarendon Press, 1986.

RICHTER, Melvin. **The political theory of Montesquieu**. Cambridge : Cambridge University Press, 1977.

ROCHA, Leonel Severo. **A problemática jurídica** : uma Introdução transdisciplinar. Porto Alegre : Sérgio Antonio Fabris, 1985.

_____. **Epistemologia jurídica e democracia**. São Leopoldo : Unisinos, 1998.

_____. (Org.). **Teoria do Direito e do Estado**. Porto Alegre : Sérgio Antonio Fabris Editor, 1994.

_____. (Org.). **Paradoxos da auto-observação** : percursos da teoria jurídica contemporânea. Curitiba : JM Editora, 1997.

ROSENFELD, Michel. Deconstruction and legal interpretation : conflict, indeterminacy and the temptations of the new legal formalism.

Deconstruction and the possibility of justice, *Cardozo Law Review*, v. 11, n. 5-6, p. 1228-1267, july/aug. 1990.

_____. ; ARATO, Andrew (Eds.). **Habermas on law and democracy**. Critical Exchanges. Berkeley : University of California Press, 1998.

_____. **Just interpretations**. Law between ethics and politics. Berkeley: University of California Press, 1998.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **The social contract and discourses**. London : J.M. Dent, 1973.

STAMFORD, Artur. **Decisão judicial**. Dogmatismo e empirismo. Curitiba : Juruá, 2000.

SAUSSURE, Ferdinand de. **Curso de lingüística geral**. São Paulo : Cultrix, [19--]

SCHEUERMAN, Willian E. **Between the norm and the exception**. The Frankfurt School and the Rule of Law. Cambridge : MIT Press, 1997.

_____. **Carl Schmitt**. The end of law. Boston : Rowman & Littlefield, 1999.

SCHMITT, Carl. **The concept of the political**. Chicago : The University of Chicago Press, 1996.

_____. **The crisis of parliamentary democracy**. Cambridge : MIT Press, 1996.

SCHUMPETER, Joseph A. **Capitalism, socialism & democracy**. London : Routledge, 1996.

SHAKANKIRI, Mohamed el. Analyse du langage et droit chez quelques juristes anglo-américaine de Benthan à Hart. **Archives de Philosophie du Droit**, Paris, v. 15, p. 113-114, 1970.

SIMON, Josef. **Filosofia da linguagem**. Rio de Janeiro : Edições 70, [19--].

SKINNER, Quentin. **The foundations of modern political thought**. Cambridge : Cambridge University Press, 1978. 2 v.

_____. **Liberty before liberalism**. Cambridge : Cambridge University Press, 1998.

_____. On justice, the common good and the priority of liberty. In: MOUFLE, Chantal (Ed.). **Dimensions of radical democracy**. Pluralism, Citizenship, Community. London : Verso, p. 211-224, 1992.

SMITH, Anna Marie. **Laclau and Mouffe**. The radical democratic imaginary. London : Routledge, 1998.

SMITH, Barbara Herrnstein. Judgment after the fall. **Deconstruction and the Possibility of Justice**. *Cardozo Law Review*, v. 11, n. 5-6, p. 1291-1312, july/aug. 1990.

STATEN, Henry. **Wittgenstein and Derrida**. Lincoln : University of Nebraska Press, 1984.

STRAUSS, Leo. **The political philosophy of Hobbes**. Chicago : The University of Chicago Press, 1952.

_____. **Thoughts on Machiavelli**. Chicago : The University of Chicago Press, 1958.

SULLIVAN, Noël O' (Ed.). **Political theory in transition**. London : University College of London Press, 2000.

TOCQUEVILLE, Alexis. **A democracia na América**. Belo Horizonte : Itatiaia, 1977.

TORFING, Jacob. **New theories of discourse**. Laclau, Mouffe and Zizek. Oxford: Blackwell, 1999.

TUCK, Richard. **Hobbes**. Past Masters. Oxford : Oxford University Press, 1989.

UNGER, Roberto Mangabeira. **Conhecimento e política**. Rio de Janeiro : Forense, 1978.

VIEIRA, José Ribas. **Teoria do estado**. A regulação jurídica. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 1995.

WALDRON, Jeremy. **Two essays on basic equality**: 1) An Undifferentiated Human Range; 2) The Idea of a Range Property. Paper apresentado na New York University. The Program for the Study of Law, Philosophy & Social Theory, fall 1999. Inédito.

WARAT, Luís Alberto ; ROCHA, Leonel Severo ; CITTADINO, Gisele. **O Direito e sua linguagem**. Porto Alegre : Sérgio Antonio Fabris, 1984.

WEBER, Max. **Economía y sociedad**. Ciudad del Mexico: Fondo de Cultura Economica, 1944. 4 volumes.

WEBER, Samuel. In the name of law. **Deconstruction and the Possibility of Justice**. *Cardozo Law Review*, v. 11, n. 5-6, p. 1515-1538, july/aug. 1990.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Da certeza**. Rio de Janeiro : Edições 70, [19--].

_____. **Investigações filosóficas**. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, [19--].

_____. **Observaciones**. Mexico : Siglo Veintiuno, 1986.

WOOD, Gordon S. **The creation of the American Republic, 1776-1787**. New York : W.W. Norton, 1972.